This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

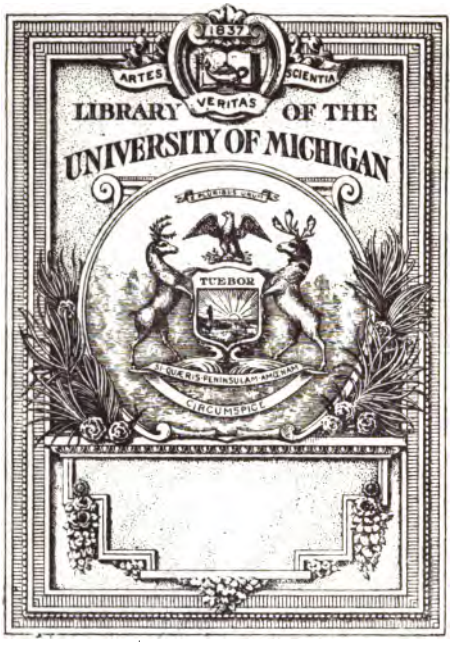
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

A 456821 DUPL


1837
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE

350.943
P98

Beiträge

zur

Gesetzgebung und Praxis

des

bürgerlichen Rechtsverfahrens

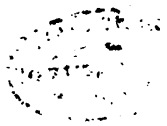
von

Dr. Wolfgang Heinrich Puchta,
königlich baierischem Landrichter in Erlangen.

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

Erster Band.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1822.



Vorwort.

Der Inhalt dieſes Werks iſt von der Art, daß es einer erklärenden Vorrede nicht bedarf; ſchon der Titel ſagt dem Leſer, was er darin zu ſuchen hat. Was den Beruf zur Herausgabe dieſer Abhandlungen anlangt, ſo glaubt zu deſſen Rechtfertigung der Verfaſſer Umſtände und Verhältniſſe unerwähnt laſſen zu dürfen, die bloß ſeine Perſon betreffen, und was von daher etwa ihm Vertrauen und Geneigtheit bei dem Leſer verſchaffen möchte. Für den innern Werth des Werks kann es wohl wenig entſcheiden, wie viel oder wie wenig man dem Autor zutrauen darf. Derſelbe will daher die Rechtfertigung ſeines Berufs nur aus der Sache

selbst nehmen, und hier liegt sie, wie er glaubt, sehr nahe.

In der Gesetzgebung steht die Erfahrung als Führerinn oben an, und darum muß dem Gesetzgeber daran liegen, die Stimmen Vieler zu hören, und seine eigenen Erfahrungen durch die praktischen Wahrnehmungen Anderer zu vermehren, darunter namentlich der Männer von der Classe der ausübenden Rechtsgelehrten. Dieses ist denn vornämlich da der Fall, wo es auf Ordnungen des Verfahrens ankommt, die allein ein vernünftig ordnender Wille bestimmt, welcher nur in dem, was die Erfahrung als zweckmäßig für Entfernung der Hindernisse der Rechtspflege bewährt oder auch nur andeutet, seine hauptsächliche Richtung findet, was natürlich anders sich verhält in dem Fache der materiellen Gesetzgebung, welche sich nach jenen im Volke lebenden und zur gemeinsamen Ueberzeugung gekommenen Rechtsideen zu

bequemen hat, willkührliche Bestimmungen aber nur mit zarter Hand und großer Behutsamkeit machen darf. Der Beruf des Prozeßgesetzgebers ist nun, jene Masse von Erfahrungen zu prüfen, zu sichten und was ihm eigene Erfahrung und Vernunft als zweckmäßig auszeichnet, zu wählen. Daher kann es rücksichtlich des Gebrauchswerths der gelieferten Materialien für den Gesetzgeber, solange man sich ihn nur noch als prüfend vorstellt, so viel eben nicht darauf ankommen, wenn auch nicht gerade Alles gleich gut oder wohl gar vortrefflich ist; und so darf es denn auch denselben nicht abhalten, alle Urtheile und Vorschläge zu hören, wenn auch hiernächst manche derselben sich als unpraktisch, mithin für seinen Zweck unbrauchbar ergeben sollten, zumal da selbst ein unpraktischer, wenn nur neuer Vorschlag (und neu ist oft auch das in einem andern Lichte dargestellte Bekannte) nicht selten Anstoß zu neuen Ideen giebt, die sehr praktisch sind.

Vorschläge, wie sie unter andern am Ende, S 382. ff. vorkommen, können übrigens nur durch die Erinnerungen Sachverständiger diejenige Vollständigkeit und konsequente Durchführung erhalten, die der Verfasser selbst hin und wieder an den seinigen noch vermißt.

Der Titel des Buchs verspricht Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis. Ob hier mehr versprochen, als geleistet worden, mag der Leser beurtheilen. Mehreres in dieser Hinsicht könnte indessen in dem folgenden Bande erscheinen.

Erlangen am 28. März 1822.

Der Verfasser.

Inhalt.

Seite

I. Ueber die Maxime, mittelst einzelner glänzender Theile fremder Prozeßgesetzgebungen die einheimische zu verbessern. 1

II. Ueber die Vernunftmäßigkeit des s. g. Untersuchungs-Prinzips, worauf der preuß. Civil-Prozeß sich gründet. 18

III. Auch ein Wort über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens. . . . 86

IV. Es ist nothwendig aber auch unbedenklich, die Zeugen in Gegenwart der Parteien zu verhören. 170

V. Soll man die Zeugen vor oder nach ihrer Vernehmung schwören lassen? 186

VI. Etwas über Anstand und Schicklichkeit bei der Rechtsverwaltung und über das äussere Betragen der Gerichtspersonen bei der Ausrichtung ihres Amtes. 198

VII. Ueber die s. g. Administrativ-Justiz. . . . 202

VIII. Enthält die Verpflichtung der Parteien, vor Gericht die Wahrheit zu reden, einen unnatürlichen Zwang? 281

Seite

IX. Von Terminsprorogationen und deren zweckmäßiger Beschränkung. 289

X. Ueber zweckmäßige Vereinfachung des Verfahrens in geringfügigen Sachen. 310

XI. Einige Betrachtungen über das richterliche Vermittelungs-Amt, und wo und wie es zweckmäßig anzuwenden ist. 326

XII. Ist die Verbindung der Beweisführung mit der eigentlichen Streitverhandlung ein zweckmäßiges Mittel zur Abkürzung der Prozesse? . . 348

I. Ueber

I.

Über die Maxime, mittelst einzelner glänzender Theile fremder Prozeßgesetzgebungen die einheimische zu verbessern.

Eine Wahrheit, die ein königlicher Mund ausspricht, findet schon darum freundliche Aufnahme, oft selbst Bewunderung, wenn uns auch nur Bekanntes wiederholt wird, und sie findet selbige mit Recht, wenn ihr überdieß eine hochherzige Idee zum Grunde liegt, die uns das Bekannte gleichsam neu und verklärt erscheinen läßt. So ist jenes Wort eines mächtigen Monarchen unserer Zeit, womit derselbe den Vollziehern seines ernstlichen Willens für eine gute Gesetzgebung reife Prüfung empfahl, da wo von Beibehaltung oder Abänderung des Bestehenden in der Gesetzgebung die Rede sey, in unsern Tagen eben so oft wiederholt als nach Verdienst gepriesen worden: "ich will, daß das Gute über all, wo es sich findet, benutzt und das Rechte anerkannt werde." — Eigentlich nur Wiederholung des biblischen Ausspruchs: prüfet alles und das Gute behaltet! ist jenes königliche Wort besonders von denjenigen gleichsam als Wahlspruch gebraucht worden, die gewissen fremden prozeßrechtlichen Verfassungen aus Überzeugung oder Vorurtheil, oder weder aus Überzeugung noch aus Vorurtheil, sondern aus besondern Gründen das deutsche Bürgerrecht zu verschaffen suchen.

Daß wohl mancher unter diesen, ohne sorgfältige Prüfung, das fremde Neue als das Bessere, das einheimische Alte aber als das Schlechte und Verwerfliche annahm, und also jenen Wahlspruch gerade nicht befolgte, wird niemanden befremden, der das Treiben der Menschen nicht erst von gestern beobachtet hat, und die Macht der Leidenschaften kennt.

Es ist und bleibt indessen ein ewiges Vernunftgebot, alles zu prüfen und das Gute anzunehmen, ohne Vorurtheil des Ursprungs oder der Gewohnheit, und sich in dem Streben nach dem Bessern und nach der Vollendung einheimischer Einrichtungen nicht irre machen zu lassen weder durch Vorliebe für das Herkömmliche, noch durch Scheu vor der mit der Neuerung etwa verbundenen Anstrengung, noch auch endlich durch die Ungewißheit des Erfolgs, der freilich bei keinem menschlichen Unternehmen zu verbürgen ist, dessen Ungewißheit aber auch nur dann in Betrachtung kommen kann, wenn auf der Wage der Prüfung das Alte und das Neue gleich stark ziehen, oder auch dieses jenes nicht merklich überwiegt. Ausserdem ist es Gebot der Vernunft, das Einheimische nicht leichtfertig zu verwerfen, und dafür ein ungewisses Fremdes sich anzueignen; vielmehr ist im Zweifel das Gewohnte immer das Bessere, und das, was an heilbaren Mängeln leidet, dem vorzuziehen, dessen Gebrechen unbekannt und daher leicht unheilbar seyn können. Auch gilt es in der Gesetzgebung mehr als einer bloßen Blumenlese; man kann nicht ohne Rücksicht auf Geist und Anlage des Ganzen zweier verschiedener Rechtskörper den einen mit Bestimmungen aus dem andern aufputzen. Mit Recht beklagen daher verständige Männer *), "die Sitte, aus andern Gesetzge-

*) Mittermaier der gem. deutsche bürgerl. Prozeß in

bungen ein paar Bestimmungen herauszunehmen, ein blendendes Institut, das die Mode rühmt, in die einheimische Gesetzgebung überzutragen, und aus verschiedenen Gesetzbüchern Bestandtheile zu einem buntscheckigen Ganzen zusammenzutragen, nicht erwägend, daß alle Gesetze und Anstalten nur im ganzen Zusammenhange und in Vergleichung mit allen Verhältnissen des Staats, für den sie bestimmt sind, beurtheilt und nicht beliebig herausgerissen und andern Verhältnissen und Einrichtungen angeflickt werden können." Wahr! und ich setze hinzu: nicht bloß für Mahler und Dichter gilt Horazens Regel:

— — sit, quod vis, simplex duntaxat et unum!

und die Warnungstafel, die er dabey aufgestellt hat.

Der gemeine deutsche, der preußische, der französische Prozeß beruhen auf eigenthümlichen Ideen, und haben ihren eigenthümlichen Organismus. Gerade hierin liegt das Bedenkliche einer ohne allseitige Prüfung und Erwägung der Verhältnisse erfolgenden Annahme einzelner Bestimmungen und deren Übertragung von einem auf den andern. Das Mangelhafte im Verfahren wird am zweckmäßigsten nur mit Stoffen verbessert, woraus das zu Verbessernde zusammengesetzt ist. Es ist nicht zu leugnen, daß einzelne Bestimmungen des einen füglich auf das andere Verfahren übergetragen werden können, solche nämlich, die nicht unzertrennliche Theile eines organischen Ganzen sind. Die Bestimmungen über die Zeit und Modalitäten des Vergleichsversuchs, über die Vernehmung der Zeugen in Gegenwart der Parteien

Vergleichung mit dem preuß. und französ. Civil-Verfahren ꝛc. (Bonn 1820.) S. 41.

oder in Geheim, die Vereidung derselben vor oder nach der Vernehmung, die Abschaffung oder Beibehaltung des Calumnieneides, mehreres im Organismus des Appellations-Verfahrens u. s. w. das sind Bestimmungen, die wohl unbeschadet des Ganzen vom einen auf den andern Prozeß übergetragen werden können. Allein wenn die Frage von Verbesserungen ist, so handelt es sich gewöhnlich von Radikalreformen; der ganze Bau ist schadhaft und wankend oder man glaubt es wenigstens. Die Stimme des Volks, oder was man dafür ausgiebt, will Verbesserung des Unwesens; es schreit über Mängel, Gebrechen und Mißbräuche des bisherigen Verfahrens. Wer einmal mit Recht oder Unrecht einen Prozeß verlpren, hält sich zum Mitsprechen berechtigt. Er hört, gleichgültig, aus welchem Munde, ob aus dem eines competenten Urtheilers oder eines unberufenen Sprechers, daß es da oder dort besser sey, daß die Einwohner dieses oder jenes Landes sich bey ihrer Rechtspflege wohl befänden, daß sie sich gewisse Institutionen nicht wollten nehmen, das Alte nicht wieder einführen lassen ꝛc. Er fragt nicht weiter, wie viele von diesen Einwohnern also urtheilen; — wie diejenigen, die statt ihrer das Wort nehmen, legitimirt sind; — wer sie besonders dem Brodberufe nach sind, die das Wort führen, (ein wichtigrr Umstand bey der Prüfung der Stimmgebung!). Er fragt nicht, nach welchem Maßstabe sie die Vortrefflichkeit ihrer Institution messen, ob sie nicht etwa bloß Vergleichungen anstellen mit dem, was sie vorher hatten, vielleicht nur zwischen dem Erträglichen und Unerträglichen wählen; nur das gewohnte Neue, und das im schlechten Andenken stehende Alte, vielmehr Veraltete, neben einander halten, das nicht bloß nur unserer Zeit fremd geworden, sondern sogar nach Sitten, Gewohnheiten, politischen Einrichtungen

ganz unbrauchbar erscheint. — Nach allen diesem wird nicht weiter gefragt; man nimmt das Gehörte, sobald man es von mehreren Seiten vernommen, oder vernommen zu haben glaubt, für die Stimme des Volks an, und stimmt mit ein, und vermehrt die Zahl der Stimmenden, so daß man wirklich beinahe betäubt und in seinem Glauben wankend gemacht wird. So wird mancher von der Menge fortgerissen, indem er an sich selbst und seinen bisher verfochtenen Grundsätzen zum Zweifler wird. Ohnehin will man nicht gerne als Finsterling erscheinen und man wagt weit weniger dazu, wenn man es mit dem großen Haufen hält.

Allein die Gesetzgeber und Regierungen, die noch Standhaftigkeit genug haben, um jenen "civium ardor prava jubentium" nicht zu scheuen, sind vorsichtiger; auch das Tosen der Menge bringt sie nicht aus der Fassung, oder hindert sie, ruhig und kaltblütig abzuwägen: ob das angepriesene Fremde absolut das Bessere ist, ob das exotische Gewächs ohne Rücksicht auf Boden, Clima, Umgebung, oder auf die Art der bisherigen, vielleicht eigenthümlichen und nur örtlich möglichen Pflege bei uns einheimisch zu machen ist; ferner: ob es wirklich ausgemacht besser ist als das Einheimische, ob dieses nicht zweckmäßiger zu verbessern, als ganz zu verwerfen und dafür etwas Ausländisches einzutauschen ist, das vielleicht nur unter Sitten, Gewohnheiten und Einrichtungen, die nicht die unserigen sind, das Vorzügliche leistet, das man sich ohne weiters auch auf heimathlicher Erde davon verspricht; endlich ob man es auf gerathewohl ohne die Erfahrung, diese ewige Lehrmeisterinn des Wahren und Guten, die gerade in der Gesetzgebung hauptsächlich ihr Recht behauptet, darauf wagen könne, das Neue anzunehmen, ohne zu besorgen, die Zahl so mancher verunglückten Experimen-

te zu vermehren, worunter die Völker gelitten haben. — Die Gesetzgeber und Regierungen, die dieß erwägen, mit einem Worte den Wahlspruch befolgen: alles zu prüfen und das Gute anzunehmen, setzen sich daher lieber augenblicklich dem Verdachte der Zögerung, als für alle Zukunft dem Vorwurfe der Übereilung aus.

Aber vielleicht gehen wir allmählig und bedächtlich zu Werke, vielleicht hauen wir nicht den Baum um, welcher etwa nur wegen mangelhafter Pflege minder fruchttragend war, und pflanzen in seine Stätte einen andern, von dem wir nicht wissen, ob er auch nur in unserm Boden fortkommt, zu geschweigen die gehofften Früchte trägt. Vielleicht lassen wir unsern Baum stehen, schneiden nur bald hier bald da einen Ast weg, und pfropfen ein fremdes Reis darauf. — Diese Methode der Veredelung eines einheimischen Stammes mit fremden Zweigen fängt, wie gedacht, besonders in unsern Tagen an, Sitte zu werden. Man scheut Totalreformen und **will doch etwas thun**, theils um das Geschrei der Menge zu beschwichtigen, theils weil man für gewisse glänzende Partien in der Öconomie des Nachbars eingenommen ist, und damit das Mangelhafte daheim verbessern zu können vermeint.

Allein diese Maxime, mit der es eigentlich dieser Aufsatz zu schaffen hat, kann, wenn sie nicht mit großer Umsicht befolgt wird, in ihren Folgen bisweilen eben so schädlich werden, als eine gänzliche Reform, und man hätte es oft besser ganz bei dem Alten gelassen.

Wir verbessern oft nicht einmal das alte Mangelhafte, wir verschlimmern es sogar. Die alten Unbequemlichkeiten hat man allmählig ertragen gelernt; eine vernünftige Praxis hat der mangelhaften Gesetzgebung

nachgeholfen, und auch das Volk iſt damit vertraut. Jetzt hat man zu renoviren angefangen, Neues und Altes verbunden; hat nun das Alte nicht mehr und auch nichts neues, und weiß ſich nun gar nicht mehr zu finden. Im glücklichſten Fall hat man nicht verbeſſert und nicht verſchlimmert, und alſo doch verſchlimmert, ſofern als das Veränderte erſt einſtudirt, vielleicht nach mehreren verunglückten Verſuchen erſt in das Leben eingeführt werden muß. So behält man vielleicht den gemeinen Prozeß bey, und verbeſſert ihn mit einer Zuthat von Öffentlichkeit des Verfahrens, welches, wenn es auch ſchon nichts ſchadet, doch weiter auch weſentlich keinen Nutzen bringt. Aber damit täuſcht man die Menge, und ſchadet im Grunde auch, weil man mit einer dergleichen Haupt- und Staatsaktion Zeit und Koſten verſchwendet. Oder man fühlt die Langſamkeit des gemeinen Prozeſſes, die Schwerfälligkeit des ſchriftlichen Verfahrens, und ſieht dagegen, daß in Preußen die Prozeſſe kürzer dauern, weil dem Richter eine größere Gewalt auf den Gang der Ausmittelung und Herſtellung der Materialien der Entſcheidung eingeräumt iſt. Den ganzen Prozeß anzunehmen verbietet gerade nicht die Überzeugung von deſſen Unzweckmäßigkeit, ſondern vielmehr eine gewiſſe ungünſtige Vorſtellung, die man ſich von deſſen Geiſte macht. Aber daß der Richter mehr ſelbſtthätig iſt, daß er die Mittel hat, den Umtrieben und der Chicane zu begegnen, davon ſind die wohlthätigen Folgen doch allzu ſichtbar, um verkannt zu werden. Nach der Maxime, das Gute zu nehmen, wo man es findet, hebt man alſo vielleicht diejenigen Beſtimmungen des preuß. Verfahrens aus, wovon man vornämlich die Wirkung erwartet, daß ſie jenem Unweſen abhelfen möchten, man giebt dem Richter eine mehr aktive Rolle. Man behält aber nebenher das Prinzip der Verhandlung, wo die

Parteithätigkeit vorherrschend ist, bey, amalgamirt auf diese Weise heterogene Bestandtheile zu einem Ganzen, die sich gegenseitig abstoßen und es kann nicht fehlen, daß man damit auf Widersprüche geräth, die erst bey der Anwendung sichtbar werden. Der halb in eine neue Sphäre versetzte, halb in der alten bleibende Richter bewegt sich schwerfällig und unbehülflich in beiden.

Wie leicht bei theilweisen Verbesserungen der gerügte Fehler zu begehen ist, wie sehr man selbst da, wo man sonst mit trefflichen Mustern sowohl in der Legislation, als in vielen andern Institutionen Andern vorangegangen ist, deßfalls auf seiner Hut zu seyn Ursache hat, darüber glaube ich ein merkwürdiges Beispiel an einem neuen Gesetz in meinem Vaterlande Baiern vor mir zu haben, welches sich in seinen übrigen Bestimmungen für einen lebendigern Gang des Rechtsverfahrens wohlthätig erwiesen, und manchen alten Mißbrauch vertilgt hat. Es ist überdieß das erste Justizgesetz, welches unter Mitwirkung der Stände des Reichs sein Daseyn erhalten hat, und schon um deßwillen interessant, sowie zugleich dieser Umstand erwarten läßt, daß man dabei nicht übereilt und nicht ohne mehrseitige Prüfung zu Werke gegangen ist, so sehr ich auch im Übrigen überzeugt bin, daß gerade bei diesem Gange der Gesetzgebung, besonders aber was die Redaktion betrifft, große Vorsicht nöthig ist, soll anders Einheit und Übereinstimmung erreicht, und hinterher nicht dem Verfasser zur Last gelegt werden, was er nicht hat ändern können.

Das Gesetz, das ich hier in das Auge gefaßt habe, ist das vom 22. Jul. 1819. (Beil. 1. zum Ständeabschied vom nämlichen Datum) einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend. Durch

dieſe Novelle hat der baier. Judiciar-Codex von 1753. namentlich durch Vereinfachung des Beweis- und Appellations-Verfahrens einige weſentliche Verbeſſerungen erhalten, und es iſt für die Wünſche der Nation nach einer verbeſſerten Rechtspflege bis zu der nahe bevorſtehenden Einführung eines ganz neuen Prozeßgeſetzbuchs in der That ſchon manches geſchehen. Dieſe Novelle enthält im §. 3. folgende Beſtimmung, die mir ganz zum Beleg meines Satzes zu dienen ſcheint:

"Wenn Perſonen, welche der Rechte nicht kundig ſind, ohne Rechtsbeiſtand ihre Sache verhandeln, ſo ſoll der Richter ſich beſtreben, daß das Faktum des Streites, und dasjenige, was jeder Theil von dem andern verlangt, vollſtändig und genau aufgenommen, der Streitpunkt richtig geſtellt, und dasjenige gebührend aufgeklärt werde, was zur Entſcheidung des Streits erfordert wird."

Da der baier. Civilprozeß ſowenig, als der gemeine deutſche das *Unterſuchungsprinzip kennt*, ſo iſt *mit* dieſer geſetzlichen Beſtimmung, die ſichtbar von dem Unterſuchungs-Prinzip ausgeht, in dem baier. *Rechts*verfahren eine überaus weſentliche und eingreifende Veränderung erfolgt, die mit dem übrigens noch beibehaltenen Verhandlungsprinzip in ihrer Art in einem ſchneidenden Contraſte ſteht. Soll dieſe Beſtimmung wohlthätig wirken, ſo wird nothwendig vorausgeſetzt,

I) daß ein im preuß. Verfahren geübter Juſtrument davon die Anwendung mache,

II) daß die übrigen geſetzlichen Beſtimmungen mit der hier vorgezeichneten Verfahrungsweiſe nicht in Widerſpruch kommen. — So wie ich aber die Sache anſehe, ſcheint mir weder die eine noch die andere Vorausſetzung einzutreffen.

Die preußische Instruktionsmethode, von welcher gleichwohl jene Festsetzung der baier. Novelle ausgeht, kennt kein Verfahren in selbstständigen, gegenseitig sich ausschließenden Sätzen; sie kennt keine Repliken, Dupliken ꝛc. Was der Kläger quintuplicando, um mich dieses Ausdrucks zur Bezeichnung der Ordnung des wechselseitigen Redens und Vorbringens zu bedienen, was der Beklagte sextuplicando vorbringt, dient ihm eben so wirksam als Angriffs-, resp. Vertheidigungs-Mittel, als wenn er es in der Klage oder Exception vorgebracht hätte, vorausgesetzt bey dem Kläger, daß derselbe sein Klagfundament nicht ändert. Und dahin muß auch der §. 3. der Novelle erklärt werden, weil sonst die Ausdrücke von vollständigem Aufnehmen, vom gebührenden Aufklären keine Bedeutung haben würden. Von der Präclusion eines nicht gerade bey der ersten Antwort abgegebenen Vertheidigungsgrundes ist ohnehin nirgends eine Rede nach der preuß. Prozeßordnung. Nach dieser *) ist der Richter schuldig, da es die erste Aufgabe der Instruktionsverhandlung ist, die Parteien über die im Prozesse vorkommenden Thatsachen näher gegen einander zu vernehmen, und soweit als es möglich ist, darüber zu vereinigen, sich alle Mühe zu geben, von den Thatsachen eine vollständige und zusammenhängende Geschichtserzählung in Ansehung aller Haupt- und relevanten Nebenumstände zu erhalten. Sofern selbige zur Begründung der Klage oder eines Einwandes dienen, muß der Instruent diese Umstände berücksichtigen, ohne sich daran zu kehren, in welchem Zeitpunkte dieselben vorgebracht worden, ob vor, bey, oder erst nach

*) Allg. Ger. Ord. I. Th. X. Tit. §. 1. ff.

Regulirung des *Status causae et controversiae*, bey der Aufnehmung der Beweismittel oder gar erst im Schlußtermin. Auf neue Umstände und Thatsachen, die erst nach dem Beschluß der Sache und in den Deduktionen vorkommen, ist zwar der Richter in der Regel sich einzulassen nicht schuldig; vielmehr muß die Partei, welche diese Umstände nicht früher angebracht, sich es selbst beimessen, wenn sie daron erst in der zweiten Instanz Gebrauch machen kann. Ist indeß der erst in der Deduktion angebrachte Umstand von offenbarer Erheblichkeit, so steht es dem Richter frei, die Instruktion desselben noch vor Abfassung des Erkenntnisses anzuordnen. Nur auf ganz neue, das bisherige Klagfundament ändernde Thatsachen darf dieß nicht ausgedehnt werden. Jedoch kann das Petitum geändert werden, wenn sich durch die Entwickelung in der Instruktion zwar nicht der anfangs gemachte, wohl aber ein anderer rechtmäßiger Anspruch hervorthut.

Das Wesentliche der Operationen des preußischen Instruenten, der zweckmäßig verfahren will, besteht also gerade darin, daß er der Entwickelung der thatsächlichen Verhältnisse gleichsam an der Hand des successiven Vorbringens der Parteien nachgeht. Eine Thatsache als Vertheidigungsgrund bloß um deßwillen verwerfen zu wollen, weil sie nicht in einer bestimmten Ordnung vorgebracht worden, würde geradezu im Widerspruche mit dem Prinzip und dem ganzen Systeme des Verfahrens stehen, wo Richter und Partei für einen Zweck der Ausmittelung der wahren Beschaffenheit der Thatsachen vereint thätig sind, während nach dem Verhandlungsprinzip *) nur die Partei thätig ist.

*) Oder wie man immer noch schreibt und spricht: Ver-

Das erstere Prinzip geht von der Idee der möglichsten Erreichung des wirklichen Rechts aus, und darum ist jeder zur Wahrheit führende Umstand, zu jeder Zeit seines Vorbringens *) willkommen. Ganz anders ist dieß nach dem Verhandlungs-Prinzip, wo das formale Recht als genügend angenommen wird. Schon an und für sich müssen die normativen Ansichten des Gesetzgebers anders seyn, wenn er von dem Grundsatze der Richterthätigkeit ausgeht und deren Erfolge zum Erkenntnißgrund der juridischen Wahrheit annimmt, und wieder anders, wenn von der bloßen Parteithätigkeit die Rede ist. Die Partei kann über das Ihrige willkührlich verfügen, also was Mittel der Geltendmachung ihres Rechts ist, verfolgen oder aufgeben; nicht also der Richter.

Die fragliche Novelle ist also wenigstens nicht vollständig ihrer Absicht gemäß anwendbar, so lange neben her der §. 2. Cap. VI. des Judiciar-Codex von Gültigkeit ist. Beide heben sich gegenseitig auf. Denn wenn der Beklagte nicht gleich bei der Antwort seine Vertheidigungsgründe sammt und sonders vorlegt, oder wenn

---

handlungs-Maxime, gleichsam als wenn es hier nur auf subjektive Grundsätze des Handelns, also darauf ankäme, was ein Individuum als Gründe einer gewissen Handlungsweise annimmt! Was Grund der Handlungsweise Aller werden soll, muß mehr als Maxime an sich seyn.

*) Dieß hat natürlich auch seine Grenzen, weil der Prozeß ein Ende nehmen muß, und sein gemessenes, nicht gar sehr weit gestecktes Ziel, weil eine begonnene Instruktion rasch vorwärts geht. Träumer werden also auch hier zu spät kommen.

der instruirende Richter, (der hier das Interesse der rechtsunberathenen Parteien beobachten soll) ein Vertheidigungsmoment vielleicht erst aus Anlaß der Gegenrede des Klägers entwickelt, so wird der Kläger nach dem Prozeß-Codex auf Präclusion antragen; der Beklagte aber wird sich auf die Novelle berufen. Wer mag nun entscheiden, welcher von beiden hier Recht hat? Diesem Widerspruche könnte hier vorgebeugt werden, wenn der Instruent die höchste Sorgfalt in Einziehung der Information, die höchste Umsicht bey Erkundigung der Streitverhältnisse gleich bei der Aufnahme der Antwort anwendete. Aber gesetzt es gäbe lauter höchst vorsichtige, gewandte und umsichtige Instruenten, würde damit die Absicht des neuen Gesetzes erreicht seyn? würde der Richter die Forderungen erfüllen, die dieses Gesetz an ihn macht? würde er dem Ziele sich nähern, das der preußische Instruent erreichen kann, und das er doch auch erreichen soll? — solange nicht die Resultate des fortgesetzten gegenseitigen Vorbringens wieder Stoff zu neuen Entwickelungen von Resultaten geben dürfen, was nach der Verhandlungsmethode nicht Statt findet. Denn gerade in der fortgesetzten Manipulation mit den zum Streit Anlaß gebenden Thatsachen liegt ja eben die Bedingung der zweckmäßigen Lösung der Aufgabe.

Alles dieses beweist, daß die Festsetzung im §. 3. der Novelle — abgesehen von dem was an der nothwendigen Ausführlichkeit bei der Angabe der Modalitäten der richterlichen Einschreitung zu wünschen übrig geblieben ist — zwar sehr gut war, wenn der ganze preußische Instruktions-Mechanismus angenommen, oder wenn doch wenigstens der feindselige §. im Codex gestrichen worden wäre, daß sie aber mangelhaft erscheint und unheilbringend werden kann in der Art, wie sie

nun einen organischen Theil der Prozeßgesetzgebung ausmacht.

War übrigens die Nachahmung des preuß. Instruktionsverfahrens hier zweckmäßig befunden worden, um sicherer und kürzer den Zweck aller Prozeßführung zu erreichen, nimmt der Gesetzgeber als möglich an, daß eine thätigere Verwendung des Richteramts auch für den Zweck der Bewirkung des materiellen, nicht bloß des formellen Rechts — zu dessen Erzielung es freilich wenig braucht — ersprießlich sey: so ist nicht einzusehen, warum dieser löblichen Einrichtung ein so beschränkter Kreis angewiesen worden; warum der Richter nur bey Rechtsunerfahrnen die keineswegs neue *) Methode der Erforschung der Thatsachen seine Thätigkeit widmen soll, nicht auch dann, wenn der Prozeß mit Zuziehung von Anwälten verhandelt wird. Gerade hier dürfte vielmehr die Maßregel doppelt nothwendig seyn, um allen Umtrieben zu begegnen, und den Ausbeugungen und Verschleppungen ränkesüchtiger Sachwalter kräftig die Spitze zu bieten, während der redliche Sachwalter, deren es gottlob noch viele giebt, dem Richter hier gern zur Ausmittelung der Wahrheit die Hand bieten wird.

Das Gesetz scheint daher überhaupt mehr auf bloße Geltendmachung des suppletorischen Richteramts sein Absehen gerichtet zu haben. Ist aber dieses der Fall, so möchten wohl andere, mehr dem Verhandlungsprinzip angepaßte, Modalitäten der Procedur ersprießlicher gewesen seyn. Denn um dem Rechtsunerfahrnen nach den Regeln der Verhandlungsmethode mildrichterlich beizustehen

*) Conf. cap. 6. X. de judiciis und c. 10. X. de fide instrum.

ſtehen, kann zwar immerhin die Erforſchung der Wahrheit von Amtswegen nützlich wirkſam werden; allein an ſich bedarf es derſelben nicht, alſo auch nicht einer Stellung des Richters ähnlich der nach dem preußiſchen Rechtsverfahren. Vielmehr muß der Inſtruent ſein Augenmerk hauptſächlich nur darauf richten, daß dasjenige, was dem rechtlichen Intereſſe der einen Partei vor der andern zuſagt, nicht darum unwirkſam bleibe, weil dieſer die Fähigkeit, es ſelbſt gehörig geltend zu machen, mangelt *), ſondern eben ſo als Entſcheidungs-Material hervortrete und ſich bemerkbar mache, als wenn die Partei nicht in der Lage wäre, des nobilis officii zu bedürfen, welches eben deßwegen weniger inquiſitoriſch als defenſoriſch iſt. Denn nur quae *desunt* advocatis partium judex suppleat.

Daß endlich der als Beleg für meinen Satz angeführte §. 3. des fraglichen baieriſchen Prozeßgeſetzes nicht gut in den auf das Verhandlungsprinzip gebauten Judiciarcodex paßt, geht auch daraus hervor, daß letzterer *keine nova* in der Appellations-Inſtanz zuläßt, die nach dem preußiſchen Verfahren nicht ausgeſchloſſen ſind, auch nach deſſen Princip und eigenthümlichem Organismus ſchlechterdings nicht ausgeſchloſſen ſeyn dürfen. Während alſo die Partei im Preußiſchen kraft der Wohlthat nondum deducta deducendi et nondum probata probandi bei dem höhern Richter wieder geltend machen kann, was ihr ein unwiſſender, oberflächlicher oder eigenſinniger Unterrichter etwa verkümmert hat, kann ſie hier der "Roſe unter den Dornen" nicht einmal mit blutendem Finger habhaft werden; ſie

*) qui ob rusticitatem vel ob sexum lapsi non ediderunt — L. 1. §. 5. D. de edendo.

muß sich dem Richter der ersten Instanz gleichsam auf Diskretion ergeben und der gefährdeten Rechtsfreiheit letzte Zuflucht entbehren, welcher sie nach dem vorhin S. 10. auf 1. Bemerkten hier vielleicht gerade nothwendiger bedarf, als da, wo ganz auf preußischem Fuß verfahren wird, auch objektive und subjektive Organisation des Justizwesens, eine reinere Stellung des Richteramts und lange Übung manche Besorgnisse vor Übervortheilungen oder sonst ungeschickter Behandlung entfernend.

II.

Über die Vernunftmäßigkeit des sogenannten Untersuchungs-Prinzips, worauf der preußische Civilprozeß sich gründet.

Daß das sogenannte Untersuchungs-Prinzip, worauf der preußische bürgerliche Prozeß gebaut ist, der Natur des Civilverfahrens, dem die Idee der privatrechtlichen Freiheit in Verfolgung oder Vertheidigung angefochtener Rechte zum Grunde liegen muß, widerstrebe, ist ein Vorwurf, der dem Werke Friedrichs vielleicht schon öfter gemacht, als das getadelte Institut dagegen gerechtfertigt worden, sey es, daß man dort, von wo die Rechtfertigung eigentlich ausgehen sollte, von dem Tadel keine Kenntniß nahm, oder daß wir, ausser Preußen, von der Stimme der Schutzredner nichts vernahmen. Es wäre sonst bei der Gerechtigkeit der Sache, zu deren Vertheidigung ich hier einen Beitrag zu liefern versuche, kaum zu erklären, wie hierüber ausser Preußen unter Gelehrten sowohl als Geschäftsmännern noch soviel zum Theil auffallend unrichtige Vorstellungen und Ansichten herrschend seyn könnten, daß man in der

That, wenn jene Vorstellungen weniger grundlos wären, die Völker Preußens ihrer Rechtspflege wegen bedauern, und deren eigenes Urtheil darüber für einen glücklichen Wahn annehmen müßte.

Der Verfasser dieses Aufsatzes hat in einer 25. jährigen Geschäftsführung als Richter deren erste Hälfte der Praxis des preußischen und die letzte der des gemeinen Prozesses gewidmet. Er kennt also beiderley Methoden ziemlich genau, kann über deren praktische Vorzüglichkeit urtheilen, und hält sich daher eben so berufen, als durch die Zeitumstände, wo allenthalben ein Streben nach Reformen des gerichtlichen Verfahrens sichtbar ist, und wo es also von Interesse seyn muß, die verschiedenen möglichen Modifikationen des Verfahrens vollständig zu kennen, veranlaßt, seine Ansichten als Ergänzung des über den nämlichen Gegenstand anderwärts *) schon öffentlich Gesagten dem unparteiischen Publikum hier vorzulegen. Es soll übrigens durchaus keine Berufung auf Autoritäten, noch weniger eine Gunsterschleichung seyn, sondern nur zum Beweise dienen, daß hier kein bloß geschichtlich merkwürdiger oder antiquarischer, sondern ein praktisch interessanter Gegenstand, der selbst in unsern Tagen große Aufmerksamkeit gefunden hat, behandelt wird, wenn ich erinnere, daß trotz der ungünstigen Ansichten von dem allerdings auf originellen Ideen beruhenden preußischen Civilrechtsverfahren, und trotz der vielen Widersprüche und Einwendungen gegen die Zweckmäßigkeit seiner Grundsätze, namentlich der größern Gewalt des Richters in Beziehung auf die Instruktion des Pro-

*) in der Schrift über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen (Nürnb. 1819. 8.) S. 138. ff.

zesses, dennoch ganz neuerlich einige Gesetzgebungen Deutschlands sich für das in jenem Verfahren vorherrschende Untersuchungsprinzip (das man allenfalls auch das Prinzip der richterlichen Thätigkeit im Gegensatze des gemeinrechtlichen Parteithätigkeits-Prinzips nennen möchte) mehr oder weniger erklärt haben. Und wenn es wahr ist *) wie nicht zu zweifeln, daß ungeachtet des Widerwillens, womit die preußische Gerichtsordnung in dem preußischen Theile Sachsens anfangs aufgenommen wurde, der kurze Zeitraum von anderthalb Jahren vollkommen hingereicht hat, das übereinstimmende Urtheil hervorzubringen, daß gerade sie das Allerbeste sey, was das Land von der neuen Regierung erhalten habe; ferner, daß besonders das prozeßführende Publikum den Unterschied zwischen dem bessern Neuen und dem Alten wahrgenommen, und daß sich alle Welt durch die Erfahrung überzeugt habe, daß der preußische Prozeß weit entfernt davon sey, den Instruenten zu einem Inquirenten zu machen, daß zwischen Befragen und Inquiriren ein mächtiger Unterschied sey u. s. w.: so beweist dieß zur Genüge, daß man Menschen von schlichtem Verstande höchstens nur eine Zeit lang gegen das wahrhaft Gute einnehmen kann, während das, was uns durch die Kunst der Überredung anfangs wünschenswerth erscheint, bei der Macht der eigenen Erfahrung gar bald seinen Werth verliert.

Der so verschrieene preußische Prozeß hat — ich rede hier aus eigener vieljähriger Praxis als vormals preußischer Unterrichter — seinen schlimmen Ruf ganz

*) Wie Grävell in der Prüfung der Gutachten der Immediat-Justiz-Commission am Rhein ꝛc. (Leipzig 1819.) I. S. 218. versichert.

und gar nicht von der Stimme des Volks, für das es eingeführt worden, erhalten; dasselbe ist mit seiner Rechtspflege sehr wohl zufrieden, und weiß von allen den Beschuldigungen der gestörten Dispositionsfreiheit und einer unnatürlichen richterlichen Gewaltseinmischung nichts. Es scheinen vielmehr nur einige unserer deutschen Prozeßrechtslehrer und Schriftsteller, welche die Praxis des preußischen Prozeßrechts nur aus Schriften, nicht aus eigener Anschauung kennen, und nebenher einige preußische Schriftsteller selbst zu seyn, die vielleicht dem Triebe, etwas neues zu sagen, oder der Mode folgten, welche jene Procedur in übeln Credit gebracht haben. Daß hierbey Namen viel zur Sache thun, daß Ausdrücke, wie: inquisitorischer Prozeß, Verfahren von Amtswegen in reinbürgerlichen Rechtssachen (wenn man dabei die gesetzlich vorgezeichneten Modifikationen unberührt läßt) manchem, der sich eben nicht die Mühe nimmt, gerade tief in die Sache einzudringen, einen willkommenen Vorwand gelichen haben mögen, sich zur Partei der Gegner zu schlagen, daß hie und da eine oratio pro domo sich erhoben, weil der preußische Prozeß gerade nicht allen Interessen zusagt, die sonst wohl bei der Prozeßführung, wenn gleich nicht rücksichtlich der Hauptpersonen Statt finden — — dieß alles darf wenigstens nebenher nicht unbemerkt bleiben.

Es mag nicht überflüssig seyn, wenigstens für diejenigen Leser, welche die ausführliche Abhandlung hierüber in einem Bericht des Justizcommissarius Simon*) gerade nicht bey der Hand haben, folgendes zur Geschichte der preußischen Prozeßgesetzgebung kürzlich zu bemerken.

*) Abgedruckt in Grävells Prüfung der Gutachten u. I. Th. S. 328.

Die preußische Justizreform begann eigentlich schon mit der Thronbesteigung König Friedrichs II. im Jahre 1740. und würde im Jahre 1748. wirklich ins Werk gesetzt. Die Grundlage war eine von dem Großcanzler von Cocceji verfaßte Gerichtsordnung, welche am 3. April 1748. bis zur Einholung der Erinnerungen der Stände und der Gutachten der Landesjustiz-Collegien und Gelehrten zwar nur als Entwurf unter dem Titel: Projekt des Codicis Fridericiani Marchici, publicirt wurde, einstweilen aber dennoch Gesetzeskraft erhalten sollte, bis die revidirte Prozeßordnung erfolgen würde. Diese Prozeßordnung befolgte wesentlich die Grundsätze des gemeinrechtlichen und sächsischen Prozesses. Hierauf geht, was der große König in der so bekannten Kabinetsordre an den damaligen Großcanzler von Carmer vom 14. April 1780. sagt:

> "was die Prozesse anlangt, so will Ich wohl glauben, daß die ehemals obgewalteten groben Mißbräuche gehoben worden; im Grunde aber ist dennoch, wie Ihr Mir eingestehen müßt, diese P. O. noch eben das unschickliche Gewebe des geistlichen Rechts, über welches ganz Deutschland schon seit verschiedenen Jahrhunderten geklagt hat."

Diese ältere, noch auf das Verhandlungs-Prinzip gebaute Prozeßordnung war nicht im Geiste Friedrichs, und er äusserte mehrmals gegen den Großcanzler von Fürst sein Mißfallen über die Verwaltung der Justiz und besonders über die lange Dauer der Prozesse. Willkommen war ihm daher ein von dem Staats- und Justizminister von Carmer in Schlesien im Jahre 1774. vorgelegter Plan zur Justizverbesserung und eine Verordnung über das Rechtsverfahren, worin eigentlich zu

erst die Ideen ausgesprochen sind, auf welchen der jetzige preußische Prozeß beruht, und welche sich bei einigen Rechtsstreitigkeiten im Departement des Ministers v. Carmer schon als praktisch erprobt hatten. Der König befahl deßhalb schon im Jahre 1775. die allgemeine Einführung eines ähnlichen Verfahrens, und so vielen Widerspruch dieses Projekt von Seiten des Großcanzlers von Fürst und des Kammergerichts-Präsidenten von Rebeur fand, (man stellte vor, daß die Prozesse bey diesem Verfahren nur noch kostbarer werden, daß noch mehrere Räthe und Richter nöthig seyn, und dennoch die Prozesse länger dauern würden ꝛc.) so konnte dieß doch die Ausführung des Plans nur verzögern; sie kam endlich im Jahre 1780, hauptsächlich aus Anlaß des berüchtigten Müller Arnoldischen Prozesses, in dessen Gefolge der Sturz des Großcanzlers von Fürst und die Ernennung des Ministers von Carmer als seines Nachfolgers war, wirklich zu Stande. Die neue Prozeßordnung wurde unter dem Titel: *Corpus Juris Fridericianum*, erstes Buch, von der Prozeßordnung am 26. Apr. 1781. publicirt, und derselben sollten die materiellen Gesetze als zweites Buch folgen. In dem Jahre 1794. u. 1795. erschien die zweite Ausgabe dieser Prozeßordnung unter dem Titel: Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, in 3 Theilen, deren erster und weitläufigster die Prozeßordnung ist. Diese revidirte Prozeßordnung stimmt im wesentlichen mit der ersten Ausgabe überein, und beide unterscheiden sich von dem gemeinen und sächsischen Prozesse hauptsächlich dadurch:

a) daß der Richter die erheblichen Thatsachen von Amtswegen untersuchen soll;

b) daß die Bestimmung der zum Beweis auszustel-

lenden erheblichen Thatsachen nicht mehr durch ein Erkenntniß, sondern bloß durch richterliches Dekret erfolgt;

c) daß der Hauptzweck der Advokaten nicht darin besteht, daß sie ihren Parteien bloß zu ihrem behaupteten Rechte verhelfen, sondern daß sie dem Richter bei der Ausmittelung der Wahrheit beistehen, und ihren Parteien zum wahren Recht beförderlich seyn sollen.

Ehe ich die gegen die Vernunftmäßigkeit des preußischen Verfahrens gemacht werdenden Einwendungen näher beleuchte, sey mir verstattet, zu untersuchen, wiefern sich dessen Prinzip aus dem Begriffe und Wesen des Rechtsverfahrens überhaupt entwickeln, also aus Gründen a priori rechtfertigen läßt, weil man auch das Prinzip hauptsächlich von dieser Seite angreift und weniger seine praktische Anwendbarkeit zum Gegenstande des Zweifels macht.

Der Richter, welcher über streitige Rechte entscheiden soll, soll für einen gegebenen Rechtsfall unter den im Gesetz vorausgesetzten Rechtsfällen denjenigen aufsuchen, dessen Merkmale mit den Merkmalen jenes gegebenen Falles übereinstimmen, und er soll hiernächst mit verbindlicher Kraft erklären, wiefern von dem gegebenen Falle dasjenige gelte, was von dem vorausgesetzten im Gesetz bestimmt ist; oder mit andern Worten: er soll auf den Grund eines ihm vorgelegten unbestrittenen thatsächlichen Verhältnisses den Gesetzen nach ein Rechtsverhältniß zwischen zwey Subjekten bestimmen, welches diese nicht als Folge jenes faktischen Verhältnisses in Übereinstimmung anerkennen. Dieser richterlichen Bestimmung, Urtheil genannt, muß nun nothwendig eine

Darlegung des ſtreitigen Falles nach allen ſeinen Merkmalen vorausgehen, und dieſe Darlegung erhält ihre Initiative durch eine Klage des einen, und durch eine darauf erfolgte Antwort des andern Theils.

Wäre darauf zu rechnen, was nach der Erfahrung nicht iſt, daß die Parteien das zu ihrem Streit Anlaß gebende Faktum entfernt von aller Einſeitigkeit dem Richter ſo vortrügen, daß dieſem nichts übrig bliebe, als das mit allen ſeinen Eigenheiten anerkannte Faktum nur unter das Geſetz zu ſubſumiren, wären alſo die ſtreitenden Theile nur in Anſehung der rechtlichen Folgen eines übrigens in ſeiner Totalität anerkannten thatſächlichen Verhältniſſes verſchiedener Meinung; ſo würde das Richteramt in ſeiner höchſt reinen Idee erſcheinen, die Erörterung der Thatſachen wäre ihm fremd, der Richter würde mit dem feſtſtehenden Faktum nur das Geſetz vergleichen und entſcheiden dürfen; ſeine Funktion würde ſo einfach ſeyn, wie die das eigentliche Verhältniß zwiſchen Partei und Richter ganz treffend bezeichnende Formel des richterlichen Anſinnens an die Partei: Tu mihi narra factum, ego tibi narrabo jus! Allein dieſe narratio facti iſt eben gerade das Schwierige; auf ſie iſt eigentlich die ganze Ordnung des Verfahrens berechnet, und auſſerdem würde man genau betrachtet gar keine Prozeßordnung oder doch nur eine ſehr einfache brauchen. Die Erfahrung lehrt nämlich, daß die Parteien nur äuſſerſt ſelten über das Faktum einig, und nur über die rechtlichen Folgen verſchiedener Meinung ſind. Jede derſelben erzählt alſo die Thatſache auf ihre Weiſe, ſo wie ſie ſich am beſten den Obſieg im Recht verſprechen zu können glaubt. Weil ſich das Geſetz den einſeitigen Intereſſen nicht fügt, ſo ſoll ſich wenigſtens das Faktum darnach fügen, und jeder

sucht dessen Merkmale so darzustellen, wie sie den ihm vortheilhaften Merkmalen des Gesetzes entsprechen. So ist denn die narratio facti, wenigstens von dem Punkte an, wo dieses kritisch wird, so divergirend, als die Interessen der streitenden Theile selbst es sind, wenigstens in der Regel. Die Wahrheit, als Bedingung eines subsumtionsmäßigen Faktums muß daher durch eine eigenthümliche Thätigkeit an das Licht und zur Überzeugung des Richters gebracht werden, und dieß geschieht durch das Mittel der Beweisführung.

Aber dieses Mittel enthält für denjenigen, der desselben zur Begründung seines widersprochenen Rechts sich bedienen muß, eine Last, die, in der Regel wenigstens, eben so das Werk eines unrechtlichen Benehmens des Gegners ist, als die Nichtanerkennung des Hauptrechts, welches den Streitgegenstand ausmacht. Denn der Kläger muß doch nur darum beweisen, weil der Beklagte die Wahrheit nicht freiwillig zugesteht; jener muß also eine Verpflichtung übernehmen, weil dieser nicht redlich und aufrichtig zu Werke geht, vorausgesetzt nämlich, daß der Beklagte (dieß gilt denn natürlich auch von dem Kläger rücksichtlich der Exceptionen) gegen bessere Überzeugung widerspricht, was nach der Erfahrung wohl eben so oft anzunehmen ist, als das Gegentheil. Die Beweisführung ist überdieß häufig ein schwieriges Mittel, dessen Erfolge gar oft von zufälligen Umständen abhängen; ein Mittel, welches nicht selten gerade demjenigen unzugänglich ist, der desselben zur Geltendmachung eines wohlerworbenen Rechts bedarf. Daher jenes bekannte: tibi non deficit jus, sed deficit probatio, was in der That ein trauriges Bekenntniß der Unvollkommenheit der menschlichen Rechtspflege ist. Das Mittel des Beweises ist und bleibt also ein

Nothmittel, welches in seiner Veranlassung und in seiner Wirksamkeit gleich sehr von der Unvollkommenheit der Menschen zeugt. Aber, möchte man einwenden, so könnte ja die Beweislast auch demjenigen durch eine besondere Thätigkeit des Richters erleichtert werden, der ein grundloses und darum billig widersprochenes Recht behauptet? Die Antwort ist: diesem gebührt freilich keine Erleichterung, aber die Thätigkeit des Richters, von der sogleich die Rede seyn wird, wird sie ihm auch nicht gewähren, weil der Richter nicht aus Nichts Etwas schaffen kann, und weil man mit aller Bemuhung nicht etwas sehen wird, wo nichts zu sehen ist. Die Verwendung des Richters wird vielmehr gerade nur dazu dienen, vor unnützen und unredlichen Beweisversuchen und deßfallsigen Umtrieben der Chicane abzuschrekken, ihnen wenigstens keinen zu weiten Spielraum gestatten.

Wir nehmen also mit Recht das Beweismittel als ein Nothmittel an, welches soviel als möglich entbehrlich zu machen, eine wichtige Aufgabe für den Freund des Rechts ist. Darum erscheint als eine Forderung an die allgemeine Fürsorge des Staats und an dessen Obliegenheit für die Aufrechthaltung des Rechtszustandes:

> wenn der Staat um Ertheilung des Rechtsschutzes angegangen wird, soll er auch die Mittel der Erlangung desselben erleichtern, oder doch wenigstens alles zu entfernen suchen, was die Lage des Rechtsuchenden deßfalls erschweren und dessen Gegner ein unrechtliches Übergewicht geben könnte.

Es ist daher der Vernunft nicht nur nicht entgegen, sondern sogar gemäß, daß der Staat seinem Substituten, dem Richter, neben der Pflicht zur Prozeßdirektion noch

eine andere Pflicht auferlege, nämlich: nach Möglichkeit zu verhindern, daß jenes unrechtliche Übergewicht wirksam werde, vielmehr zu bewirken, daß, wer Recht bekommen solle, nicht von zufälligen Umständen und von den Eigenschaften der Streitenden, ihrer mehrern oder mindern Aufrichtigkeit und Geschicklichkeit u. s. w. sondern von dem Recht selbst abhänge, also daß, was kraft des richterlichen Ausspruchs förmliches Recht werden solle, auch wirkliches sey, so weit dessen Erzielung überhaupt Menschen möglich ist. Um dieser Pflicht zu genügen, muß der Richter die Befugniß haben, von der Beschaffenheit der Sache selbst und unmittelbar Kenntniß zu nehmen, die Gründe zu seiner Überzeugung sich nicht bloß von den Parteien vorlegen zu lassen, und was ihm nicht vorgelegt wird, als ihn nichts angehend betrachten, sondern auch ohne besondere Aufforderung in die Verhältnisse des Rechtsstreits eindringen, mit einem Wort: er muß untersuchen, oder wie die preußische Prozeßordnung Einleitung §. 6. u. 10. sagt:

> Der Richter, welcher den Streit durch richtige Anwendung des Gesetzes auf die dabei zum Grunde liegenden Thatsachen entscheiden soll, hat die nächste Pflicht, folglich auch das nächste Recht, sich von der wahren und eigentlichen Bewandniß dieser Thatsachen zu versichern. Seine Pflicht beruht daher auf dem wesentlichen Grundsatze: daß er sich bemühen müsse, die Wahrheit der bei dem Prozesse zum Grunde liegenden Thatsachen auf dem sichersten und zugleich nächsten Wege zu erforschen und auszumitteln.

Aber zur Rechtsverfolgung oder Vertheidigung findet kein absoluter Zwang Statt, sofern als hier von

veräusserlichen Rechten der Menschen die Rede ist. Eben so wenig findet ein Verfahren von Amtswegen Statt, da der Richter nur ein verfolgtes oder vertheidigtes Recht schützt, mithin nur auf Anrufen in Thätigkeit tritt. Ob daher die Partei, die sich in ihrem Rechte verletzt glaubt, klagen, ob sie gegen einen Anspruch sich vertheidigen will, das ist lediglich ihre Sache, und muß es nach jeder vernünftigen Civilprozeßordnung seyn, ist es daher auch nach der preußischen. Ferner ob sie ihr Rechtsschutzgesuch fortsetzen, oder sich desselben begeben will, das hängt ebenfalls bloß von ihr ab. Der Unterschied zwischen dem gemeinen und preussischen Prozeßrecht liegt nur darin,

daß hier der einmal implorirte Richter auf dem Wege zum Ziele der Prozeßführung so lange fortgeht, bis von der Partei, die seine Thätigkeit verlangt hat, ausdrücklich Stillestehen verlangt wird, und daß er die im Fortschreiten ihm in den Weg tretenden Hindernisse auch von Amtswegen auf die Seite räumt,

während nach dem gemeinen Prozeß oder dem Prinzip der Verhandlung

nicht bloß das ausdrückliche Verlangen, sondern jede Handlung oder Unterlassung woraus vermuthet werden kann, (oder ex praesumtione juris specialis vermuthet wird) daß der Partei an der ihr vortheilhaften Fortsetzung der Sache nichts gelegen, hinreichend ist, den Richter zum Stillestehen zu veranlassen, und die Wegräumung der Hindernisse im Fortschreiten zum Ziele in der Regel nur auf Anrufen der Betheiligten und nicht von Amtswegen erfolgt.

Die Partei kann den Rechtschutz ausdrücklich

oder stillschweigend durch concludente Handlungen aufgeben. Es steht ihr also mit voller Wirkung auf die Hemmung der Thätigkeit des Richters frei, während des Verfahrens Handlungen zu begehen oder zu unterlassen, deren Begehung oder Unterlassung im Widerspruche mit ihrer Rechtsverfolgung oder Vertheidigung steht, und so diese selbst mehr oder weniger unanwendbar zu machen, und was die Folge davon ist, ihr Recht selbst ganz oder zum Theil aufzugeben. Sie kann also

1) von richterlichen Verfügungen, die bloß zu ihrem Besten gereichen, keinen Gebrauch machen zu wollen erklären, oder deren Wirksamkeit vereiteln;

2) sie kann richterliche Verfügungen nicht befolgen (contumax seyn) sofern sie durch diese Nichtbefolgung bloß sich einen Nachtheil zuzieht;

3) sie kann die Bewirkung der gerichtlichen Wahrheit zu ihrem Nachtheil in sofern beschleunigen, daß sie durch Einräumung von Thatsachen, deren Beweis sie von dem Gegner hätte erwarten können, diesem die Beweislast erleichtert.

4) sie kann statt eines weitläufigern, jedoch zuverlässigern, ein kürzeres, aber bedenklicheres Beweismittel, statt des Zeugenbeweises die Eidesdelation wählen ꝛc.; sie kann

5) sogar es unterlassen, die Wahrheit der ihr widersprochenen Thatsachen zu beweisen, somit den Widerspruch gegen die behauptete Thatsache als gegründet annehmen. Und da dem Wollenden nicht Unrecht geschieht, so führt das Resultat aller dieser Handlungen und Unterlassungen nicht bloß zu einem formellen, sondern Kraft des der Partei freistehenden Verzichts zu einem materiellen Recht. Darin

finden manche Einwendungen gegen die vermeintlich nicht consequent durchgeführte Idee des preußischen Prozeßrechts *) ihre Widerlegung. Auch das ist ja materielles recht, was die Partei, die es betrifft, als recht annehmen *will*. Die preußische Prozeßordnung *hat nirgends einen Zwang über den Willen, sie hat es nur mit dem Verstande zu thun*. Darum muß aber überall vorausgesetzt werden, daß die Handlung oder Unterlassung wissentlich, mit Überzeugung und mit Kenntniß der Folgen geschieht; denn nur so kann daraus eine Veräusserung des Rechts richtig gefolgert werden. Alsdann aber und wenn ein dergleichen ausdrücklicher oder richtig gefolgerter stillschweigender Verzicht der Rechtshülfe vorläge, wäre auch jeder Schritt des Richters, der damit in Widerspruch käme, ein Eingriff in die Rechte der Parteien, und durch keine Fürsorge des Staats zu rechtfertigen. Da indessen, wie gedacht nur unter der Voraussetzung, daß die Partei mit Wissen und Vorbedacht von ihrem Rechte zu Gunsten ihres Gegners keinen Gebrauch macht, die Folgerung richtig ist, keineswegs aber, wenn diese Voraussetzung nicht eintritt, oder auch nur zweifelhaft erscheint, so muß das Gesetz in Beziehung auf die Partei eine richterliche *Thätigkeit organisiren, wodurch es möglich wird, eine wahre von einer bloß scheinbaren Entsagung eines Rechts zu unterscheiden*. Kann das, was wir für das Resultat eines freien Entschlusses annehmen, eben sowohl auch Wirkung der Unkunde von dem Umfange des Rechts

*) S. *Mittermaier* der gem. deutsche bürgerl. Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen ꝛc. (Bonn 1820. 8.) S. 56.

seyn, das wir als veräussert ansehen, so fällt ja alle Folgerichtigkeit weg, wir verstoßen gegen eine der ersten Regeln der Willensauslegung, wir thun der Täuschung Vorschub, während wir aus vermeinter Achtung der rechtlichen Willkühr den im Finstern Tappenden sich selbst überlassen, und unsere Achtung der Rechtsfreiheit kommt mit sich selbst in Widerspruch. Denn wir setzen uns über die Vermuthung hinweg, daß jemand wolle was ihm nützlich ist, bis er das Gegentheil erklärt, und adoptiren die entgegengesetzte, welche Vernunft und Erfahrung wider sich hat. — Es wird soviel darüber geredet, daß man die Menschen in der Unmündigkeit erhalte, indem man sie als Unmündige behandle; das ist aber alles eitles Reden, so lange es unter den Menschen noch Kinder am Geiste wie am Leibe gibt. Behandle man nur die Erwachsenen als Erwachsene und die Kinder als Kinder!

In bürgerlichen Rechtssachen findet kein Verfahren von Amtswegen Statt, so weit es nämlich das Interesse einer Partei betrifft, welches diese selbst zu wahren schuldig ist. Aber nicht jeder ohne specielle Aufforderung von dem Richter gemachte Schritt ist schlechthin als von Amtswegen geschehen anzunehmen; und darin, daß man diesen Satz nicht genug beherziget hat, liegt es eben, daß unser Dogma von der Freiheit der Rechtsschutzannahme in seiner Anwendung auf wahre juristische Ketzereien geführt hat, und so zu einem verderblichen Protonpseudos geworden ist, welches mehr Nachtheil gestiftet, mehr zur Verzögerung der Prozesse und zur Lähmung der Rechtspflege beigetragen hat, als alle Chicanen der Advokaten und alle Umtriebe ränkesüchtiger Parteien, die größtentheils an dem festen Willen der Richter gescheitert seyn würden, wenn man diese nicht kraft der auf

jenen

jenen Lehrſatz gebauten Theorien zu ohnmächtigen und kraftloſen Werkzeugen erniedrigt hätte.

Wenn der Kläger mit ſeiner Klage den Richter angeht und den Rechtsſchutz verlangt, ſo betrachtet er die richterliche Thätigkeit als Mittel zu dem Zwecke ſeines rechtlichen Begehrens. Als Mittel zu dem angeſprochenen Zwecke des Rechtsſchutzes kann daher dieſe Thätigkeit des Richters nur in unterbrochen fortſchreitender Bewegung von dem Punkte aus, wo ſie begonnen hat, bis dahin, wo ihre Beſtimmung erreicht iſt, gedacht werden. Der Kläger verlangt bei Betretung des Rechtswegs nicht bloß, daß dem Beklagten ſeine Klage zur Beantwortung zugefertigt werde; er verlangt, daß nach verhandelter Sache erkannt werde, daß ꝛc. Es iſt daher dem Richter in dem Geſuche ſogar ausdrücklich das Ziel ſeiner Thätigkeit vorgezeichnet, und damit zugleich folgerichtig das Verlangen aller einzelnen Thätigkeits-Äuſſerungen bis zum Ziele ausgedrückt, ſo wie der Stoß auf die Billardkugel alle Kraft in ſich vereinigen muß, die zur Wirkſamkeit derſelben am Ziele, mithin nothwendig auch zu deren Bewegung bis zum Ziele, erforderlich iſt, wenn anders der Stoß etwas taugen ſoll. So kann man auf den Richter den phyſikaliſchen Grundſatz anwenden: quilibet motus necessario est continuus! Kraft des Anſtoſſes durch die Klage ſchreitet er nämlich, gleichſam dem Geſetze der Beharrlichkeit folgend, ſo lange für den verlangten Zweck fort, bis ſein Fortſchreiten durch ein daſſelbe hinderndes Moment gehemmt wird, welches aber der Natur der Sache, d. h. der Tendenz aller richterlichen Wirkſamkeit nach nur von demjenigen ausgehen kann, der die Bewegung veranlaßt hat. Wenn daher in bürgerlichen Rechtsſachen, wie nicht zu zweifeln iſt, die Regel wahr iſt: der nicht implorirte Richter verfährt nicht; ſo iſt auch die Regel wahr und ver-

nunftgemäß: der einmal implorirte Richter, verfährt für den implorirten Zweck bis derselbe erreicht, oder die Imploration zurückgenommen ist. Da aber die Imploration ausdrücklich erklärt ist, so ist kein Grund vorhanden, eine andere Zurücknahme anzunehmen als eine ausdrückliche oder durch concludente Handlungen erklärte. Eine dergleichen concludente Handlung ist es aber gewiß nicht, wenn z. B. der Kläger die contumacia des Beklagten in respondendo nicht anklagt, so lange man nicht versichert seyn kann, daß er es absichtlich unterlassen habe. Freilich läßt sich nicht bezweifeln, daß das Gesetz eine dergleichen Folgerichtigkeit begründen kann, aber die Zweckmäßigkeit einer dergleichen positiven Festsetzung wird billig von jedem bezweifelt werden, der bey der Gesetzgebung für vernünftige Wesen von dem Gesetzgeber mehr fordert als bloße Willkühr, oder was eben nicht viel besser ist, Erzeugnisse aprioristischer Ideen, die nicht in die wirkliche Welt passen.

Ich habe bisher gezeigt, daß im Civilprozesse der Richter nur auf Anrufen, nie von Amtswegen in Thätigkeit tritt, daß er aber, wenn er durch Imploration für den Rechtsschutz einmal in Thätigkeit ist, darin so lange verfährt, ohne weiter eines Anstoßes zu bedürfen, bis die implorirende Partei entweder durch eine ausdrückliche Erklärung oder durch eine mit derselben gleichwirksame, wohlverstandene, also folgerichtige Handlung oder Unterlassung das Gegentheil ihres Rechtsschutzgesuches zu erkennen giebt. Vermöge einer Imploration tritt der Richter in Wirksamkeit; sie ist eine allgemeine in Beziehung auf die einzelnen, zum implorirten Zweck führenden Thätigkeitsäusserungen, und dafür bis zum speciellen Widerruf hinlänglich motivirend.

Mit diesem steht in unmittelbarer Verbindung die Forderung an den Richter, für die Herbeischaffung der Materialien zur Erkenntniß der thatsächlichen Verhältnisse selbst wirksam zu seyn, unbeschadet auch hier der Freiheit der Parteien, seiner Thätigkeit Schranken zu setzen. Denken wir uns diese Thätigkeit nicht als wesentlich bey der richterlichen Gewalt, so erniedrigen wir diese zu einem Werkzeuge des Ohngefährs, wir machen das, was Bedingung der Rechtsanerkennung vor Gericht ist, abhängig von einem Zufalle, von der mehrern oder mindern Gewandtheit und Geschicklichkeit in der Verfolgung oder Vertheidigung des Rechtsanspruchs, die eben sowohl dem Unrecht, als dem Rechte dienstbar ist. Man bezeichnet jene richterliche Befugniß ganz richtig mit dem Namen eines Untersuchungsrechts, aber man denkt dabei zu viel an die Untersuchung in Strafsachen und vergißt, daß es genau genommen im Civilverfahren kein Untersuchungs- und kein Verhandlungsprinzip ausschließend giebt. So wird selbst im preuß. Prozeß verhandelt und untersucht, und nach dem gemeinrechtlichen untersucht und verhandelt. Nur ist dort der Richter für die Herbeischaffung der Mittel zum Zwecke des verlangten Rechtsschutzes mehr selbstthätig, obgleich immer in Vereinigung mit der Thätigkeit der Parteien; hier fast ausschließend bloß die Parteien, während der Richter rücksichtlich der Resultate der Entwickelung der Wahrheit den gleichgültigen Zuschauer macht, und zufrieden ist, wenn er nur ein an sich subsumtionsfähiges Faktum erhält, mag es auch übrigens Prämisse zu einem material- oder nur formalrichtigen Rechtssyllogismus werden. Er fragt also weiter nicht, durch welche Handlungen oder Unterlassungen der Parteien, unter welchem günstigen oder ungünstigen Einflusse der Umstände die Merkmale gewirkt worden,

welche den Begriff der forenſiſchen Wahrheit, als Bedingung des Aufhörens des Streits, nach poſitiven Geſetzen erſchöpfen.

Anders verhielte ſich die Sache, und mit der Idee des bürgerlichen Rechtsverfahrens allerdings unvereinbarlich wäre es, wenn man auf das Unterſuchungsprinzip einen Organismus des Verfahrens bauen wollte, welcher dem Richter die Befugniß einräumte, aus eigener Thätigkeit oder Kraft des Willens eines unſichtbaren Betheiligten (wie in Straffällen des öffentlichen Wohls) ohne oder wohl gar wider die Beiſtimmung der eigentlich Betheiligten, nämlich des rechtsſchutzſuchenden Individuums, wenn ſchon im übrigen für deſſen Intereſſe, zu verfahren. Dieß wäre eben ſo widerſinnig, als wenn man auf der andern Seite mit dem ſogenannten Verhandlungsprinzip einen Organismus des Verfahrens zu begründen ſuchen wollte, wobei unter dem Vorwande der Achtung vor der Rechtsfreiheit der Partei mit derſelben ein loſes Spiel getrieben würde, ohngefähr wie von einem Arzte, der aus vorgeblicher Discretion dem Kranken in ſeinem diätetiſchen Verhalten oder bei der Wahl der Arzeneien freien Spielraum ließe.

Unläugbar iſt dasjenige Prinzip des Verfahrens das allein richtige und zweckmäßige, worauf eine Theorie gebaut iſt,

> welche zwar dem Richter jeden Eingriff in die Dispoſitionsrechte der Parteien verbietet, daneben aber denſelben, da er für den Zweck des Rechtsſchutzes als Vernunftweſen wirkſam ſeyn ſoll, nicht zur kraft- und willenloſen Maſchine macht,

alſo eine Theorie,

> wobei die Thätigkeit des Richters und der Parteien für den angeſprochenen Zweck des Rechtsſchu-

des in einer solchen Wechselwirkung stehen, daß sie sich gegenseitig unterstützen, keine aber die andere lähmt oder gar aufhebt.

Es läßt sich wohl nicht viel dagegen einwenden, wenn man behauptet, daß nur eine Stellung, wie diejenige, welche der preußische Prozeß dem Richter anweist, die Gewährschaft für eine zuverlässige Erörterung der Thatsachen, für die Abkürzung der Beweisführung und des Verfahrens überhaupt, also für eine gründliche und zweckmäßige Instruktion der Sache leistet. Nur für eine solche Stellung des Richters paßt auch eigentlich der Ausdruck Instruktion, und drückt also mehr aus, als man unter einer Verhandlung in Sätzen gewöhnlich versteht. Denn hätte sie keinen andern und höhern Zweck diese Instruktion eines Rechtsstreits als nur den, die gegenseitig nach Belieben componirte Darstellung des Faktums und der Rechtsbehelfe zu vernehmen, also Unwahrheit hier und Unwahrheit dort, oder doch keine anerkannte Wahrheit hier und keine dort, dürfte der Richter nichts thun als nur (was freilich nicht geschehen sollte, aber eben doch geschieht) die gegenseitigen Schriftsätze ungelesen und ungeprüft zur exceptivischen, replikativischen ꝛc. Vernehmlassung dem Gegentheile mitzutheilen, oder den stummen Zuschauer zu machen, wenn die Advokaten vom Mund aus in die Feder verfahren; so könnte freilich das Amt eines prozeßdirigirenden Richters von jedem Schreiber versehen werden; das Ganze wäre keine Instruktion, sondern eine Compositon, deren zufällig wohl oder übel gerathenes Produkt aus den Händen der Parteien, vielmehr Sachwalter, nun in die Hände des Richters kommt, damit er sehe, ob es ihm möglich sey, darauf eine Entscheidung zu fällen, oder wenn dieses, wie öfters, nicht ist, interloquendo sage,

was noch geschehen solle, um ein subsumtionsmäßiges Faktum herzustellen.

Eine Instruktion rechter Art fordert also eine ganz andere, mehr thätige Verwendung des Richters. Er muß den Parteien, und somit in der That auch dem faktischen Verhältnisse des Streits näher stehen, als dieses bei der Mittheilung durch die Schrift möglich ist; er muß jene selbst hören. Aber er darf sie auch nicht bloß hören allein, er muß das Gebäude der faktischen Darstellung selbst construiren helfen. Das Hören allein reicht um deßwillen nicht zu, weil man nicht versichert seyn darf, daß die Partei sich recht, d. h. richtig und vollständig, überhaupt so hören läßt, wie es Bedingung einer zur Subsumtion unter das Gesetz hinreichenden narratio facti ist. Selbst da, wo der Richter mit Anwälten einer abwesenden Partei zu thun hat, müssen diese hier mehr als Stellvertreter, weniger als Rechtsvertreter erscheinen. Nur so wird der Richter, wenn er anders (was freilich vorausgesetzt werden muß, wie so manches bei seinem wichtigen Amte) ein Mann von Kopf und Herz ist, für eine zweckdienliche Klarmachung der Streitverhältnisse zweckdienlich wirksam werden. Unstreitig wäre derjenige Richter, der die Parteien von dem Beginnen des Geschäfts oder der Begebenheit, wodurch der Streit veranlaßt worden, genau zu beobachten Gelegenheit gehabt hätte, also Zeuge aller Umstände und Verhältnisse gewesen wäre, die zusammen den unter das Gesetz zu subsumirenden Thatbestand bilden, — unstreitig wäre dieser, sage ich, am ersten im Stande, darüber ein richtiges Urtheil zu fällen. Da dieß aber nicht möglich ist, da unsern irdischen Richtern in Ansehung dessen, was von Andern geschehen, nur ein sehr beschränkter Gesichtskreis angewiesen ist; so muß der Nachtheil der-

Entfernung von dem Faktum wenigstens nicht noch vergrößert werden durch jene isolirte Stellung, welche die Gegner des preußischen Verfahrens als Bürgen der Unbefangenheit reclamiren, nicht erwägend, daß indem sie dem Richter die Annäherung an die Partei erschwert wissen wollen, sie demselben auch die Annäherung an die Sache erschweren. Auf dieser Idee beruht, wenn ich nicht irre, auch gerade das Wesen der rechten Mündlichkeit des Verfahrens.

Die mündliche Unterredung des Richters mit den Parteien — und diese meine ich mit dem Ausdrucke der rechten Mündlichkeit — giebt demselben Stoff und Gelegenheit an die Hand, in den eigentlichen Zusammenhang der Thatsachen einzudringen, vorausgesetzt, daß der Richter Liebe zu seinem Berufe, und innerlich sowohl als äusserlich (also auch durch Vermeidung jedes Scheins von einseitiger Vorliebe und Begünstigung) den Charakter der Unparteilichkeit bewahrt und so Vertrauen erweckt. Mündliches Reden und Plaidiren wirkt in dieser Hinsicht so wenig auf Entwickelung der Thatsachen als unsere Prozeßschriften; durch jene wie durch diese wird das Faktum — man wird es nicht befremdend finden, wenn ich sage — wenigstens in der Regel eher in ein beliebiges Dunkel gehüllt, als aufgeklärt; es wird wenigstens nicht in seiner natürlichen Blöße dargestellt. Denn die durch bloß einseitige Bemühung erfolgte Auseinandersetzung hat zunächst die Tendenz, die Sache so erscheinen zu lassen, wie es derjenigen Partei günstig ist, die eben jetzt das Wort hat. Nur die während des thatsächlichen Vorbringens rechtzeitig eingelegten Fragen, Zweifel und Bedenken von Seiten des Richters, mit einem Worte: das Mittel der Conversation über das Faktum hellt auf, und verbreitet Licht über Verhältnisse, die ausserdem erst auf dem lan-

gen Wege des schriftlichen Fragens und Interrogirens, vielleicht sogar unvollkommen zum Vorscheine gekommen wären; ja es liegt sogar darin die einzige Gewährschaft, daß man sich gegenseitig verstanden habe. Der Redner kann sich nur bemühen, dem Andern seine Gedanken klar zu machen; eben so der Schriftsteller. Ob der Andere aufmerksam zugehört oder gelesen hat, davon kann er sich nur überzeugen, wenn er auch ihn vernimmt. Man wird die Erfahrung gemacht haben, daß auf jene Weise oft Thatsachen ausgemittelt werden, die man sonst zum Beweis auszusetzen genöthigt gewesen wäre. Ich selbst habe oft von dem Beklagten, wenn ich mich mit ihm über das in Abrede gestellte Faktum zu verständigen suchte, zur Antwort erhalten: "ja das hat seine Richtigkeit, das verlange ich nicht zu leugnen, aber daraus folgt nicht, daß ꝛc." Dieß ist aber alles nur in dem mündlichen Verfahren nach preußischer Methode möglich; im schriftlichen Verfahren, bey dem Plaidiren, ist dieses Mittel einer Art von amicabilis compositio super factum schlechthin unanwendbar, auch schon um deßwillen, weil das anfangs falsch oder wenigstens schielend hingestellte Faktum nun in das ganze Darstellungsgewebe verflochten ist, und der Vorbringende sein darauf wenigstens mitconstruirtes Gebäude durch Herausnahme eines, wenn auch sonst eben nicht sehr haltbaren Stücks wankend zu machen Bedenken trägt, auch wohl der Consequenz auf Kosten der Aufrichtigkeit ein Opfer bringt.

Schon das bisher Gesagte mag zur Überzeugung beitragen, daß die Grundlage und der Organismus des preußischen Civilprozeßverfahrens die Vorwürfe nicht verdient, die ihm gewöhnlich gemacht werden.

Man spricht gewöhnlich von einem "Aufdringen des Rechtsschutzes, von einem Verfahren von Amtswegen

in Civilsachen, von inquisitorischen Einschreitungen, von Beweisführen durch den Richter" und was dergleichen mehr ist. Das spricht man, und glaubt es, und macht es auch Andere glauben, und verletzent damit eine Rechtsverfassung, deren man sich vielmehr als deutscher Erfindung zu rühmen Ursache hätte. Kaum ist begreiflich, wie man dem Gedanken Raum geben konnte, daß der preußische Prozeß, hervorgegangen aus der Idee eines der hellsehendsten Köpfe aller Zeiten, und ausgeführt durch Männer von den Talenten und Kenntnißen eines Carmer, Suarez u. s. w. die selbst in der gemeinrechtlichen Schule gebildet worden sind, daß dieser preußischer Prozeß, sage ich, dergleichen verkehrte Grundsätze als dessen Tadler aus dem Untersuchungs-Prinzip herleiten zu müssen sich veranlaßt geglaubt haben, aufstellen könne: Grundsätze, woraus bei dem wichtigen Einfluß der Rechtspflege nothwendig in der ganzen Staatsmaschine Verwirrung hätte entstehen müssen, und wobei die Methode, die nun zur Zufriedenheit des Volkes über 40 Jahre befolgt wird, kein einziges Jahr anwendbar hätte befunden werden können. Der preußische Prozeß weiß aber von diesem Irrsal nichts. Die Prozeßordnung läßt, wie jede andere, der in ihren Rechten sich beeinträchtigt glaubenden Partei die Befugniß ihr Recht mit Hülfe des Richters geltend zu machen oder nicht. Sie giebt nur dem Richter eine Stellung, wo er für den Zweck aller Rechtsverfolgung, das wirkliche Recht, und was Bedingung dieses Zweckes ist, für die Erörterung der Sachverhältnisse mehr thätig wirksam werden kann, als dieß anderwärts (namentlich in dem gepriesenen französischen Prozesse, wo die Form, wenn auch nicht alles ist, doch wenigstens oben ansteht) der Fall ist; immer jedoch unbeschadet der Dispositions-Rechte der Partei und vorbehältlich ihrer Befugniß, den Ein-

schreitungen des Richters, soweit selbige ihr zum Vortheil gereichen, hemmend in den Weg zu treten. Die preußische Prozeßordnung macht es nur, mehr als eine andere, der rechtsunerfahrnen Partei möglich, Recht zu finden, ohne eine Mittelsperson zwischen ihr und dem Richter, ohne der Hülfe eines Advokaten zu bedürfen, jedoch auch ohne die Partei zu hindern, sich derselben zu bedienen, wenn sie es will, und ohne dem Richter Verflichtungen aufzulegen, die mit seiner ersten und Hauptpflicht, der Unparteilichkeit, unverträglich wären.

Friedrich II. hielt es für ungereimt, die Erlangung des Rechtsschutzes abhängig zu machen von dem zufälligen und rechtsheterogenen Umstande der mehrern oder mindern Geschicklichkeit in Verfolgung des bedrohten oder verletzten Rechts. Er hielt es für ungereimt, daß der Richter, der Recht sprechen soll, nicht auch befugt seyn sollte, von dem, was Bedingung des Rechts ist, den thatsächlichen Verhältnissen, selbst und unmittelbar Kenntniß zu nehmen. Er hielt es für ungereimt, die richterliche Entscheidung schlechthin von einem zufällig unvollkommenen Vorbringen oder von der Darstellung eines, schon seinem eigentlichen Berufe nach befangenen, vielleicht noch dazu selbstsüchtigen Fürsprechers abhängig zu machen, dessen Stellung es mit sich bringt, zur Entwicklung des Sachverhältnisses, nur so weit es seiner Partei nützlich (nebenher vielleicht ihm selbst vortheilhaft) wäre, beizutragen, ausserdem aber dieselbe zu hindern *).

*) Über das Advokatenwesen zur Zeit der Justizreform im Preußischen (1780.) drückt sich der Vorbericht zur ersten Ausgabe der Prozeßordnung oder des 1. Buchs des corp. jur. Friderician i folgendermassen aus:

"Da die Advokaten theils nach den Begriffen, die sie

Auch dachte er sich wohl in die peinliche Lage eines rechtschaffenen Richters, der dem Rechtsuchenden mit seinem guten Rechte wegen des geistigen Übergewichts seines Gegners oder weil jener oder sein Rechts-

---

sich von den Pflichten ihres Amtes gemacht, theils nach dem Interesse, welches, so wie bei dem großen Haufen der Menschen überhaupt, also auch bei den meisten von ihnen, der stärkste, ja wohl gar der alleinige Grundtrieb ihrer Handlungen gewesen ist, sich weniger um die Aufklärung der Sache und Erforschung der Wahrheit, als vielmehr nur darum bekümmert haben: wie sie den Prozeß für ihren Clienten gewinnen, den Gegentheil durch Umzüge und Kosten ermüden, sich dadurch in Ruf und Ansehen zu bringen, und durch Anhäufung der Gebühren, als der einzigen bei ihrem Metier zulässigen Art des Erwerbs, ihre Glücksumstände emporheben wollen: so hat es nicht fehlen können, daß bei dieser Methode, die Prozesse zu instruiren, alle nur ersinnliche Kunstgriffe gebraucht worden, das Faktum zu verdunkeln; den Umständen desselben einen falschen Anstrich und unrichtige Wendung zu geben, die Aufmerksamkeit des Richters durch unvollständige, auf Schrauben gesetzte und mit allerhand Nebensachen überladene Erzählungen zu zerstreuen, solche von dem eigentlichen Gesichtspunkte, woraus die Streitfrage zu betrachten gewesen wäre, abzulenken, und so durch listige Verbergung und Verstellung der Wahrheit den Gegentheil entweder gänzlich um sein Recht zu bringen, oder ihn doch durch alle Irrgänge der Chikane Jahre lang herumzuführen, beide Sachwalter hingegen auf Kosten der Wahrheit und der Parteien zu bereichern." —

Die Wirkungen von dieser Ansicht waren für die preußischen Advokaten jener Zeit nicht günstig und man wandte auf sie den hiblischen Spruch an: multi sunt advocati, sed pauci electi.

vertreter nicht sieht, was zu seinem Besten dient, untergehen sehen muß, ohne etwas weiter für ihn übrig zu haben als den bequemen Nachruf: tibi non deficit jus, sed deficit probatio! womit man freilich auch nach dem strengen Recht, vielmehr was darunter öfters zu verstehen beliebt wird, zufrieden seyn muß.

Der große König glaubte, der Richter brauche weiter nichts, als

erstens jeden Theil, zweitens genügsich zu hören, und dann erst drittens was sich so nicht erörtern lasse, beweisen zu lassen.

Das erste würde ihn vor dem Abwege der Einseitigkeit, das zweyte vor dem Abweg eines, in schädliches Rathgeben ausartenden suppletorischen Amts bewahren; auch würde das genügliche Gehör viele Beweise in der Form eigener kunstmäßiger Produkte, erzielt durch ein besonderes Verfahren, entbehrlich machen. In der That ist gegen die Richtigkeit dieser Idee so wenig einzuwenden, daß es eigentlich nur einer zweckmäßigen Durchführung bedarf, um daraus das Ideal einer guten Prozeßordnung abzuleiten und herzustellen, deren Grundsätze alle, gleich den Radien in ihrem Centralpunkte, in dem obersten Grundsatze sich vereinigen müssen:

es möglich zu machen, aus den Merkmalen eines concreten Rechtsfalles nach den Merkmalen der im Gesetz unterstellten Fälle zu bestimmen, wiefern jene diesen ähnlich, also jenen die Erfolge in der Wirklichkeit beizulegen seyen, die diesen das Gesetz in der Voraussetzung beigelegt hat;

mit andern Worten: in dem Grundsatze von der Möglichkeit der rechtlichen Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses.

Man macht dem preußischen Prozeß unter anderm den Vorwurf einer Inconsequenz. Die Gründlichkeit des preußischen Prozesses, sagt man, sey: zu verhindern, daß das materielle Unrecht nicht in formales Recht übergehe. Mit dieser Idee seien unverträglich die strengen Fristen, die harten Drohungen für Versäumnisse, überhaupt die strengen Strafen des Ungehorsams. — Aber, so kann man doch wohl fragen, leidet denn derjenige, der sein Recht wissentlich aufs Spiel setzt, indem er den richterlichen Befehl nicht befolgt, formell Unrecht, wo er materiell Recht hat? oder geht es vielmehr nach der Rechtsregel: volenti non fit injuria?

Aber, wendet man ein, wenn der Richter nach der materialen Wahrheit forschen soll, so hat dieß ja consequenter Weise kein Ende, und vergeblich würde man nach einer Grenze fragen. Sey einmal der Richter dabei interessirt, die formale gerichtliche Wahrheit mit der historischen oder materialen nach seiner individuellen Überzeugung in den möglichsten Einklang zu bringen; so müsse es ihm auch erlaubt seyn, alle Mittel anzuwenden, die sich ihm zu diesem Endzwecke darböten, und wenn sich am Ende der Untersuchung ihm neue Mittel zeigten, so würde es inconsequent seyn, wenn man ihm nicht erlauben wollte, die Untersuchung wieder von vorn anzufangen. Diese Untersuchungen könnten also den Prozeß ins Unendliche verlängern, und doch sey das erste Bedürfniß des Staats und der Parteien unerläßlich, daß der Prozeß einmal ein Ende habe, und die Rechte fest bestimmt werden *). —

*) v. Reibnitz in dem Versuch über das Ideal einer Ger. Ord. (Berlin 1815. 8.) 1. Th. S. 113.

Wäre dieser Einwurf mehr als ein Sophisma, so würde man entweder annehmen müssen, daß die Gerichtshöfe in Preußen, wo man doch bisher die Justizverfassung noch als eine der besten Institutionen des Staats selbst im Auslande anerkannt hat, im Widerspruche mit den gesetzlich vorgeschriebenen Normen verfahren seyen, oder man müßte an der Rechtfertigung der seit 40. Jahren dort gefällten Richtersprüche verzweifeln. Allein die Sache verhält sich ganz anders. Der Zweck aller Prozeßführung ist in Preußen nicht weniger als anderwärts nicht bloß 1) daß möglichst gerecht, sondern auch 2) daß überhaupt entschieden werde. Zu dem Erforderniß ad 1. führt der von der preußischen Prozeßordnung vorgezeichnete Weg einer möglichst gründlichen Untersuchung; in sofern hat also die Befugniß und die Pflicht des Richters allerdings keine bestimmte Grenzen, als diejenigen, welche die Vernunft vorzeichnet. Der Staat fordert vielmehr von dem instruirenden Richter, daß er in seinen Bemühungen die Wahrheit zu erforschen nicht eher ermüde, als bis "alle vorhandene Mittel erschöpft sind." (Einleit. zur Ger. Ord. §. 20.) Aber der Staat fordert auch ad 2. Entscheidung; er hat dazu ausser dem untersuchenden auch einen entscheidenden Richter angeordnet, und er fordert diese Entscheidung aus dem von Hrn. v. Reibnitz selbst angeführten Grunde: "daß es das erste Bedürfniß des Staats und der Parteien sey, daß der Prozeß ein Ende habe und die Rechte fest bestimmt würden," mit Recht. Da aber diese Entscheidung geschlossene Akten voraussetzt, so fordert er auch einen Beschluß der Verhandlung. Und dieß ist denn die natürliche Grenze der richterlichen Untersuchung; sie ist bezeichnet durch den Punkt, wo die vernünftige Überzeugung hervortritt, daß alle Mittel erschöpft seyen. In den allermeisten Pro-

zessen wird diese Überzeugung auch nicht trügen, und es wird sich auch, ist anders nicht nachlässig verfahren worden, wohl selten in dem kurzen Zwischenraum von der Conclusion der Sache bis zum Moment der Urtheilsfällung ein Novum als Ausnahme ergeben.

Der Staat hat aber auch Richter und Parteien in ein solches Verhältniß gesetzt, daß auch letztere an der Herstellung des Thatbestandes mitthätig seyn müssen. Diese können daher nicht durch Sorglosigkeit und Unthätigkeit den Prozeß verzögern; legen sie also die Hände in den Schooß und erwarten ungebührlich alles von der richterlichen Thätigkeit; so mögen sie immer materiell Unrecht leiden, sie leiden es eben so wenig unverschuldet, als wenn sie nicht klagen, sich nicht vertheidigen oder ein sie gravirendes Erkenntniß in Rechtskraft übergehen lassen. Gerade wenn dieß anders wäre, wenn der Partei hier nichts imputirt werden dürfte, würde die Inconsequenz eines Zwangs zur Rechtsschutzannahme eintreten, die sonst dem preußischen Verfahren mit Unrecht zur Last gelegt wird. In diesem Geiste hat daher die preußische Prozeßordnung *) gegen sorglose oder

*) "Auf neue Umstände und Thatsachen, die nach schon völlig geschlossener Instruktion erst in der Deduktion angebracht worden, ist zwar der Richter in der Regel sich einzulassen nicht schuldig, sondern die Partei, welche zu deren zeitigern Anbringung Raum und Gelegenheit genug gehabt, muß es sich beimessen, wenn sie davon erst in der zweyten Instanz Gebrauch machen kann. Wenn inzwischen der neue Umstand deutlich und bestimt, auch erheblich ist, so kann die Instruktion desselben noch vor der Abfassung des Erkenntnisses verfügt werden, — vorbehältlich der Ahndung leichtsinniger oder boshafter Zurückhaltung." Th. I. Tit. 10. §. 84.

wohl gar boshafte Parteien zweckmäßige Bestimmungen gemacht, während sie der Erörterung der Wahrheit weitere Grenzen gesetzt hat, als der gemeine Prozeß. Übrigens würde man sich wohl eine sonderbare Vorstellung von der preußischen Prozeßordnung machen, wenn man annähme, daß dieselbe kein formales Recht gelten lasse; damit steht schon die eben angeführte Gesetzstelle im Widerspruch, wie man sich denn überhaupt kein Formgesetz denken kann, wo die Formen das Auswesentliche wären.

Eben so hat man eine Folgewidrigkeit darin zu finden geglaubt, daß das Gesetz, während es ein unmittelbares Einwirken des Richters auf die Partei vermöge des Untersuchungs-Prinzips dem Richter zur Pflicht macht, doch den Parteien die Befugniß einräumt, sich durch Advocaten vertreten zu lassen. Auf diese Weise, meint man, werde es aber doch dem Richter unmöglich gemacht, das Faktum rein und unentstellt und aus der ersten Quelle zu erhalten. — Man vergißt aber bei diesem Einwurfe, daß und wie der Advokat oder Justizkommissär im Preußischen durch die Prozeßordnung namentlich Th. I. Tit. 3. §. 15 bis 20. 71 — 77. Tit. 5. §. 1 — 11. 16 — 19. streng verpflichtet ist, eine vollständige Information einzuziehen und daß der Richter befugt ist, so oft als er es verlangt, durch Einsicht der Manual-Akten desselben sich die Überzeugung zu verschaffen, daß der Advokat dieser gesetzlichen Schuldigkeit nachkomme. Wäre es anderer Betrachtungen wegen rathsam, immer die Anwälte statt der Parteien zu vernehmen so würden manche der angeregten Besorgnisse einer zu ausgedehnten richterlichen Gewalt über schwache Parteien hinwegfallen; der Advokat würde statt seiner Clienten auch über faktische Verhältnisse Rede und Antwort geben, und wir würden vielleicht den glücklichen

Mit-

Mittelweg, sey es auch nur zur Beschwichtigung der Zweifler an der Zweckmäßigkeit des preußischen mündlichen Verfahrens, finden zwischen den Verschleppungen und übrigen Nachtheilen der schriftlichen Verhandlung und den Gefahren eines tumultuarischen oder sonst ungeeigneten Benehmens des Richters bey der mündlichen Procedur.

Daß der Schlendrian einer Informationseinziehung durch den Advocaten oft weniger Werth geben mag, als das Gesetz erwartet, macht mich eben so wenig in meinem Glauben wankend, als die Betrachtung, daß der Sachwalter den Bemühungen des Richters bey Erforschung der Wahrheit mehrere Schwierigkeiten zu machen weiß, als die Partei. — Wo wäre überhaupt eine Ordnung des Verfahrens zu erdenken, die dem Schlendrian nicht Raum ließe, wenn die Richter schlaff sind, oder selbst an jener Krankheit des Geschäftsdrangs leiden? Für Trägheit und gedankenloses Treiben, für maschinenmäßigen Dienst kann das Gesetz allein nichts, eine strenge Zucht alles! Was ist alle Ordnung ohne deren Handhabung? — Was aber die mehrern Hindernisse bey der mündlichen Verhandlung mit den Anwälten betrifft, so kommt auch hier bezeuge der Erfahrung alles wieder auf den Richter an. Der Mann von Takt, den nicht das Gesetz selbst zur Null gemacht hat, wird sich auch hier zu helfen und den Künsten der Ebbkunt zu begegnen wissen. Auf jeden Fall wird man hier auch bey allenfallsigen Ausbeugungen geschwinder zum Ziele kommen, als im Wege des schriftlichen Verfahrens, wenn man nur kein Recessiren gestattet. — Übrigens konnte wohl die preußische Gerichtsordnung nicht umhin Bevollmächtigte abwesender Parteien zuzulassen, ohne in vielen Fällen die Rechtspflege ganz unmöglich zu machen.

Wenn man weiter einwendet, daß durch die persönliche Zusammenkunft mit den Parteien der Richter ein so entschiedenes Übergewicht seiner Meinung über die ihrigen erlange, daß sie oder ihre Rechtsfreunde es selten wagen würden, seiner Meinung entgegen die Niederschreibung einer von ihm für unerheblich gehaltenen Erklärung zu erhalten *), so will ich zwar keineswegs Erfahrungen, die ein Anderer gemacht hat, widersprechen; doch kann mich dieß auch nicht bewegen, an meiner eigenen zum Zweifler oder gar Ungläubigen zu werden, und diese hat mich über diese Besorgniß ganz beruhigt. Vielmehr habe ich mehr als einmal mich überzeugt, daß die bei der Instruktion gegenwärtigen Justizcommissarien (Advokaten) von ihrer durch die Prozeßordnung Tit. III. §. 15, 17. X. §. 43. begründeten Befugniß eher einen zu ausgedehnten als zu beschränkten Gebrauch machten. Überhaupt muß hier von einem weichherzigern Schlage von Advokaten die Rede seyn, als diejenigen, mit welchen ich in einer 25jährigen Richterpraxis zu thun hatte.

Es ist eine Wahrheit, die sich durch alle Zeiten behauptet hat und ferner behaupten wird, so lange noch über Mein und Dein gestritten wird, daß die Rechtspflege in dem Grade ihrer Vollkommenheit sich nähert, als der Richter wirklich, nicht blos formell Recht gesprochen zu haben sich überzeugt halten darf **). Ist dieß

*) Mittermaier, der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß ꝛc. I. S. 60.

**) „Man muß sich, sagt dagegen von Reibnitz a. a. O. S. 106. begnügen, statt der materiellen oder historischen nur die formale oder gerichtliche Wahrheit zu erreichen, und dem Prüfer der Herzen es überlassen, die

aber wahr; so kann es, wie ich schon oben bemerkt habe, nicht anders, als der Natur der Sache gemäß erachtet werden, wenn das Gesetz dem Richter, indem es ihm die Pflicht auferlegt, Recht zu sprechen, zugleich die Befugniß einräumt, sich von der wahren und eigentlichen Bewandtniß des Streitverhältnisses zu überzeugen. Dieß räumt man zwar ein, weil man auch nach dem gemeinen Prozeß so verfährt. Allein wenn die preußische Prozeßordnung (Einl. §. 7.) weiter bestimmt: der Richter, welcher die nächste Pflicht folglich auch das nächste Recht hat, sich jene Überzeugung zu verschaffen, ist also schuldig und befugt, den Grund oder Ungrund der in einem Prozeße vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen und soweit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist, ins Licht zu setzen; so schreit jedermann über Ketzerey, über Beschränkung der privatrechtlichen Freiheit, über ein Verfahren von Amtswegen

mögliche Diskrepanz des Urtheils eines zeitlichen Richters mit dem, was seine Allwissenheit fallen würde, in der ewigen Weltregierung in Einklang zu bringen." — Was mich betrifft, so bin ich zwar im Grunde eben dieser Meinung und muß es auch wohl seyn; auch habe ich mich nie der sanguinischen Hoffnung überlassen, daß es die irdischen Richter je bis zur vollen materiellen Wahrheit anders als vielleicht nur durch Zufall bringen würden, und so glaube ich denn selbst, daß unsere Bemühung für das, was in concreto wirklich recht ist, noch immer genug Stoff zur Berufung an die allerhöchste Instanz im Thale Josaphat übrig lassen wird. Aber dieß alles kann und darf uns wohl nicht abhalten, das Unsrige nach Möglichkeit zu thun und uns das Ziel nicht nach unserer Bequemlichkeit zu nahe zu stecken.

Wenn man weiter einwendet, daß durch die persönliche Zusammenkunft mit den Parteien der Richter ein so entschiedenes Übergewicht seiner Meinung über die ihrigen erlange, daß sie oder ihre Rechtsfreunde es selten wagen würden, seiner Meinung entgegen die Niederschreibung einer von ihm für unerheblich gehaltenen Erklärung zu erhalten *), so will ich zwar keineswegs Erfahrungen, die ein Anderer gemacht hat, widersprechen; doch kann mich dieß auch nicht bewegen, an meiner eigenen zum Zweifler oder gar Ungläubigen zu werden, und diese hat mich über diese Besorgniß ganz beruhigt. Vielmehr habe ich mehr als einmal mich überzeugt, daß die bei der Instruktion gegenwärtigen Justizcommissarien (Advokaten) von ihrer durch die Prozeßordnung Tit. III. §. 15, 17. X. §. 43. begründeten Befugniß eher einen zu ausgedehnten als zu beschränkten Gebrauch machten. Überhaupt muß hier von einem weichherzigern Schlage von Advokaten die Rede seyn, als diejenigen, mit welchen ich in einer 25jährigen Richterpraxis zu thun hatte.

Es ist eine Wahrheit, die sich durch alle Zeiten behauptet hat und ferner behaupten wird, so lange noch über Mein und Dein gestritten wird, daß die Rechtspflege in dem Grade ihrer Vollkommenheit sich nähert, als der Richter wirklich, nicht blos formell Recht gesprochen zu haben sich überzeugt halten darf **). Ist dieß

*) Mittermaier, der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß ꝛc. I. S. 60.

**) „Man muß sich, sagt dagegen von Reibnitz a. a. O. S. 106. begnügen, statt der materiellen oder historischen nur die formale oder gerichtliche Wahrheit zu erreichen, und dem Prüfer der Herzen es überlassen, die

aber wahr; so kann es, wie ich schon oben bemerkt habe, nicht anders, als der Natur der Sache gemäß erachtet werden, wenn das Gesetz dem Richter, indem es ihm die Pflicht auferlegt, Recht zu sprechen, zugleich die Befugniß einräumt, sich von der wahren und eigentlichen Bewandtniß des Streitverhältnisses zu überzeugen. Dieß räumt man zwar ein, weil man auch nach dem gemeinen Prozeß so verfährt. Allein wenn die preußische Prozeßordnung (Einl. §. 7.) weiter bestimmt: der Richter, welcher die nächste Pflicht folglich auch das nächste Recht hat, sich jene Überzeugung zu verschaffen, ist also schuldig und befugt, den Grund oder Ungrund der in einem Prozeße vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen und soweit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist, ins Licht zu setzen; so schreit jedermann über Ketzerey, über Beschränkung der privatrechtlichen Freiheit, über ein Verfahren von Amtswegen

mögliche Diskrepanz des Urtheils eines zeitlichen Richters mit dem, was seine Allwissenheit fallen würde, in der ewigen Weltregierung in Einklang zu bringen." — Was mich betrifft, so bin ich zwar im Grunde eben dieser Meinung und muß es auch wohl seyn; auch habe ich mich nie der sanguinischen Hoffnung überlassen, daß es die irdischen Richter je bis zur vollen materiellen Wahrheit anders als vielleicht nur durch Zufall bringen würden, und so glaube ich denn selbst, daß unsere Bemühung für das, was in concreto wirklich recht ist, noch immer genug Stoff zur Berufung an die allerhöchste Instanz im Thale Josaphat übrig lassen wird. Aber dieß alles kann und darf uns wohl nicht abhalten, das Unsrige nach Möglichkeit zu thun und uns das Ziel nicht nach unserer Bequemlichkeit zu nahe zu stecken.

in Civilsachen und gleichsam über Gewalt und Empörung gegen alle Rechtsordnung. Man vergißt, daß der Richter im gemeinen Prozeß nach gleichen Prinzipien verfährt und verfahren muß, und daß schon vor zwei Jahrtausenden das römische Recht und schon ein halbes Jahrtausend vor Emanirung der preußischen Gerichtsordnung das kanonische Recht dem Richter ähnliche Grundsätze des Verfahrens vorgezeichnet hat. Man weiß nicht, oder verkennt, daß der preußische Prozeß den Richter nur so lange von Amtswegen die Wahrheit zu erforschen anweist, als die Partei von ihm nicht Stillstand verlangt, und gegen die Einschreitung des Richters durch eine Willenserklärung oder Handlung hemmend ins Mittel tritt, also von ihrem Dispositionsrechte den Gebrauch macht, den sie allerdings zu machen befugt ist. Es ist nicht bloß die Rede von einer Gewalt, die der Richter nur rücksichtlich der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung selbst nicht geltend macht, daß er also zum Klagen oder zur Vertheidigung gegen eine Klage wider Willen niemand vermüßigt; die Partei ist und bleibt von dem ersten und Hauptschritt in der Sache bis zu dem kleinsten Nebenpunkte Herr des Streits. Sie kann sich, wie vorhin schon gesagt worden, jede Beweisaufnahme, jede Nachfrage des Richters, die nur zu ihrem Besten gereicht, verbitten, sie kann zweifelhafte Thatsachen einräumen, unvollständige Beweismittel für vollständig ansehen, einen unternommenen Beweis fallen lassen, sie kann mitten in der Erörterung der Sache ganz abtreten. Nur so lange sie dieß nicht thut, verfährt der Richter ohne weitern Anstoß fort.

Fassen wir die preußische Prozeßgesetzgebung selbst etwas näher in das Auge, so überzeugen wir uns, daß der ihr gemachte Vorwurf, als ob sie dem Richter, in-

dem sie ihn verpflichtet, die Wahrheit von Amtswegen zu erforschen, eine dem bürgerlichen Rechtsverfahren fremde Stellung gebe, keinen Grund hat. Die preußische Gerichtsordnung sagt hierüber in der Einleitung §. 10: "Die Pflichten des Richters bei der Instruction eines Prozesses beruhen auf dem wesentlichen Grundsatze:

daß er sich bemühen müsse, die Wahrheit der dabei zum Grunde liegenden erheblichen Thatsachen auf dem sichersten und zugleich nächsten Wege zu erforschen und auszumitteln."

Ferner §. 16. sq. "Wenn eine erhebliche Thatsache geleugnet wird, so ist zwar vornämlich derjenige Theil, welcher darauf sich gründet, schuldig, dem Richter die Mittel anzuzeigen, durch welche die Wahrheit derselben an den Tag gebracht werden könne. Der Richter ist jedoch an diese Angabe nicht gebunden, sondern er hat das Recht und die Pflicht auch andere Mittel, die aus dem Vortrage der Parteien und aus dem Zusammenhange ihrer Verhandlungen sich ergeben, zur Erforschung der Wahrheit selbst ohne das ausdrückliche Verlangen der Parteien *) anzuwenden."

"Der Instruent soll daher (Th. I. Tit. 10. §. 2. und 5b) alle Mühe anwenden, von diesen Thatsachen eine vollständige und zusammenhängende Geschichtserzählung zu erhalten; er soll die Parteien mit unermü-

*) "jedoch niemals gegen deren erklärte Absicht" — dieß darf man, als im Geiste der ganzen Ordnung des Verfahrens liegend, unbedenklich hinzusetzen, wiewohl es sich eigentlich schon von selbst versteht, und in der Praxis auch als ausgemacht beobachtet wird.

heter Sorgfalt, Aufmerksamkeit und Geduld über ihre gegenseitigen Angaben vernehmen; sie auf die Unwahrscheinlichkeit, die Lücken und das Unzusammenhängende, was sich in ihren Angaben etwa findet, aufmerksam machen; sie an ihre Pflicht, vor Gericht die Wahrheit zu sagen, erinnern; in sofern sie über erhebliche Thatsachen nicht vereinigt werden können, die eigentliche Bewandtniß derselben durch sorgfältige Aufsuchung und Aufnehmung der darüber vorhandenen Beweismittel in das Licht zu setzen bemüht seyn; sich dabey nicht bloß an diejenigen binden, die ihm von den Parteien an die Hand gegeben worden, sondern auch, wenn sich im Fortgange der Verhandlung findet, daß ausser den von den Parteien vorgeschlagenen Beweismitteln deren noch mehrere oder andere, wodurch ein helleres Licht über die streitigen Thatsachen verbreitet werden könnte, vorhanden sind, denselben auch ohne besondere Anregung der Parteien nachgehen. Indessen ist dem Instruenten nicht gestattet, Thatsachen, worauf weder die Angaben der Parteien, noch der Zusammenhang der Sache, noch der Inhalt der Urkunden oder Zeugenaussagen führt, sondern die bloß in seiner Privatwissenschaft beruhen, als Gegenstände der Instruktion aufzustellen."

Nach Maßgabe dieser Bestimmungen darf sich wohl die privatrechtliche Freiheit der Parteien vor willkührlichen Eingriffen der richterlichen Gewalt sicher halten. Der Schwachen wegen könnte man immer einige Ausdrucksmilderungen anwenden, um die Befugniß der Parteien, die zu ihrem Vortheile gereichenden richterlichen Einschreitungen abzulehnen, ganz ausser Zweifel zu setzen, wie dieses in verschiedenen besondern Fällen auch wirklich geschehen ist, namentlich Tit. IV. §. 20. Tit. V. §. 19. Tit. IX. §. 42. u. Tit. XX. §. 19. 252 ff. Tit. X. §. 75. Tit. XX. §. 16. 21. Tit. XXI. §. 10. u. 11.

Es ist wohl kein Zweifel, wo sich die rechtsuchende Partei besser befindet und welche Maxime dem Zweck aller Rechtsverfolgung, dem Recht nämlich, nicht dem, „welches aus schwarz weiß macht," sondern dem was schwarz für schwarz und weiß für weiß erkennt, am gemäßesten ist, und wo der Richter mehr in der Lage ist, statt bloß formell, materiell Recht zu sprechen.

Merkwürdig ist es noch, daß das Verfahren von Amtswegen, welches dem preußischen Prozesse so hart vorgeworfen wird, an dem französischen meines Wissens noch nicht zum Gegenstande des Tadels gemacht worden ist. Gleichwohl finden sich in dem Code de procédure civile häufig Spuren hievon, daß nämlich der Richter auch ohne Antrag der Parteien von Amtswegen verfährt, so bald er Gründe zu haben glaubt, durch die anzuwendenden Mittel der Wahrheit des streitigen Faktums näher auf die Spur zu kommen. So verfügt der Friedensrichter von Amtswegen Ortsbesichtigungen und Schätzungen eines angerichteten Schadens, und ernennt selbst die Sachverständigen art. 41. Das Gericht kann von Amtswegen auf Beweis der Thatsachen erkennen, die es selbst für beweisdienlich erachtet art. 254. Der Richter kann entweder selbst oder auf Verlangen der Parteien, diejenigen Fragen an einen Zeugen stellen, welche er zur Erläuterung der Aussage desselben für erforderlich hält, art. 273. — Er ordnet von Amtswegen die Vernehmung neuer Sachverständigen an, wenn ihm die vorigen den streitigen Gegenstand in ihrem Gutachten nicht gehörig auseinandergesetzt zu haben scheinen, und benennt die neuen Sachverständigen, art. 322. — Bei der gegenseitigen Fragstellung der einen Partei an die andere (art. 324. sqq.) wo überhaupt das Ganze sehr viel inquisitorischen Zuschnitt hat, kann der Richter ausser den von

der Gegenpartei gestellten Fragen, dergleichen auch von Amtswegen zur Beantwortung vorlegen. art. 333. — Ich gebe zu, daß manche dieser amtlichen Einschreitungen durch Forderungen des reflektirenden richterlichen Amts gerechtfertigt werden. Allein eben damit läßt es sich überhaupt rechtfertigen, wenn der Richter nicht nach dem Untersuchungsprinzip verfährt, und es beweist auch dieses, daß das Untersuchungsprinzip so natürlich ist, als daß man mir erlauben muß, zu sehen, wenn ich über die Beschaffenheit einer Sache nach dem Sinne des Gesichts urtheilen soll. Aber — und dieß verlangt auch der preußische Prozeß nicht anders:

> ich soll nicht weiter sehen, als ich urtheilen soll.

Sobald daher im preußischen Prozeß die Partei auf irgend eine Weise zu erkennen giebt, daß sie die richterliche Thätigkeit für ihren Zweck nicht mehr verlange, ist dieser jedes weitere Fortschreiten untersagt. Auf irgend eine Weise sage ich: denn sie kann ausdrücklich erklären, daß sie diese oder jene Einschreitung nicht haben, daß sie dieses oder jenes Beweismittel nicht aufgenommen wissen, von diesem oder jenem ihr zu Statten kommenden Rechtsbehelfe keinen Gebrauch machen wolle u. s. w. Sie kann auch stillschweigend die richterliche Thätigkeit hemmen, wenn sie z. B. die zu ihrem Zwecke dienlamen Materialien nicht beischafft, wenn sie einem zu ihrem Vortheile gereichenden richterlichen Befehl nicht Folge leistet, oder — hier freilich ausdrücklich oder durch eigenthümlich concludente Handlungen — geschehen läßt, daß ihr Gegner sich ungehorsam beweist. Eine dergleichen eigenthümlich concludente Handlung zur Folgerung der Adquiescenz bey dem ungehorsamen Ausbleiben des Beklagten ist das eigne Ausbleiben des

Klägers im Instructionstermin. Ferner steht es den Parteien frei, statt anderer Beweismittel sich der Eidesdelation zu bedienen, ein mangelhaftes Document für beweisfähig anzunehmen, verdächtige Zeugen für unverdächtig anzunehmen, ohne daß in allen diesen Fällen der Richter ein Wort darein zu reden hat, sobald er nur sich versichert halten darf, daß die Partei mit voller Freiheit handelt. Wie ganz anders erscheint also hier seine Stellung gegen die im eigentlich inquisitorischen Prozesse! — Der preußische Instructor kann und darf nicht weiter in die thatsächlichen Verhältnisse des Rechtsfalles eindringen, als es die bey der Entwicklung derselben nützlich betheiligte Partei verlangt. Er bedarf jedoch keines ausdrücklichen Verlangens darum, weil das stillschweigend in dem Begehren des Rechtsschutzes überhaupt liegende ihm genügt, bis das Gegentheil erklärt wird. Er kann nicht selbst beweisen; Beweisen ist und bleibt immer Sache derer, die eine Thatsache behaupten, welche ihnen widersprochen wird; aber der Richter soll die Last der Beweise soviel möglich dadurch erleichtern, daß er die ihm zu Gebote stehenden Materialien für die Klarmachung eines streitigen Verhältnisses aktenmäßig macht, und somit zum Eigenthume der verhandelnden Parteien, besonders aber, daß er durch zweckmäßiges Einwirken auf die Parteien den Sinn für Aufrichtigkeit und Wahrheit zu wecken sucht, damit so wenig wie möglich von dem Nothrecht der Beweisführung Gebrauch gemacht werden muß. Der Instructor ist übrigens unter andern durch die gemessenen Vorschriften der Gerichtsordnung im 3. Theil 3. Tit. §. 25. ff. vor jedem Übergriff in eine seinem Wirkungskreise fremde Sphäre gewarnt.

Ganz richtig hat übrigens der preußische Gesetzgeber calculirt, wenn er annahm, daß die Nothwendigkeit

der Beweisführungen um vieles sich vermindern würde, wenn man nur die Parteien gehörig vernähme, sich das Faktum von ihnen vollständig aufklären lasse, sie auf die Widersprüche und Inconsequenzen in ihrem Vorbringen aufmerksam mache, keine Reticenzen gestatte, und überhaupt die Idee der Fixirung der Thatsachen durch einen bestimmten Vortrag und eine bestimmte Antwort, die nach dem gemeinen Prozeß nur durch die Klage und Antwort realisirt wird, gehörig durchführe.

Dem preußischen Richter ist zur Pflicht gemacht, sowohl bey der Aufnahme der Klage als der Anwort eine genaue Information einzuziehen. Auf dieser sorgfältigen Erkundigung beruht das Wesen seiner zweckmäßigen Verwendung, sie ist die Grundlage der ganzen Instruktion. Der Richter soll daher bei der Klagaufnahme und so in ihrer Art bei der Aufnahme der Antwort (nach Allg. Ger. Ordn. I. Tit. 5. u. 9.) genaue Erkundigung anstellen: a) über seine Competenz; b) über das der Klage zum Grunde liegende Faktum; c) über den Umfang des Petitums; d) über den Legitimationspunkt, e) wenn sich aus des Klägers Vortrage ergiebt, daß mehrere Theilnehmer vorhanden, wiefern der erscheinende Kläger allein auftreten könne u. s. w. was auch rücksichtlich mehrerer Beklagten zu beobachten; f) wegen Adcitation eines allenfallsigen Auctors; g) wegen der etwa gemacht werden könnenden dilatorischen Einwendungen: der zu frühzeitig angestellten Klage, der Caution; h) über die Beweismittel im Leugnungsfalle; i) über die dem Kläger etwa bekannten peremtorischen Einreden des Beklagten. — Dieß nennen nun die Tadler des preußischen Prozesses *) "ein Durchspielen des

*) namentlich der Verfasser der Bemerkungen zu dem k.

ganzen Drama des Prozesses gleich bei dem Beginnen desselben, ein Übernehmen der Rolle des Gegners von Seiten des Richters, der schon bei der Anbringung der Klage seinen Scharfsinn anstrengen müsse, um dem Kläger alle denkbarerweise von dem Beklagten künftig vorgebracht werden könnenden (!?) Einwendungen entgegen zu halten;" — ein Einfall, den wenigstens der Verfasser des Gesetzes nicht hat haben können, weil in dem Gesetze davon nichts zu finden, sondern nur von solchen Einwendungen die Rede ist, die sich aus dem Vorbringen des Klägers *resp.* Beklagten und aus der Geschichtserzählung jedem denkenden Anhörer derselben von selbst aufdringen, die er also nicht aus der Luft zu greifen braucht. Höre man das Gesetz selbst. Die preußische Prozeßordnung sagt Tit. 5. §. 8. Dem Instruenten sollten diese Vorschriften nur zum Anhalte und Probiersteine dienen "indem es sich von selbst verstehe, daß nicht bey allen Prozessen sämtliche nach diesen Vorschriften der Partei vorzulegende Fragen nöthig seyn würden." Dieß haben die Tadler übersehen, und eben so die Bestimmung Tit. 9. §. 11. welche die Instruenten bei der Einziehung der Information und namentlich bei der Erkundigung nach Rechtseinwendungen ausdrücklich warnt, "nicht durch übertriebene Ängstlichkeit oder übel angebrachte Begierde mit ihren Kenntnissen in der Rechtsgelehrsamkeit zu glänzen, auf Abwege und bloß muthmaßliche, aus der Luft gegriffene Exceptionen zu verfallen, zu denen in dem Hergange und Zusam-

Würtemberg. Edikt über die Rechtspflege in den untern Instanzen vom 31. Dec. 1818. S. 17. und nach ihm Andere.

menhange der vorgetragenen Thatsachen kein hinreichender Grund noch Anlaß liege." — Ist aber ein Anlaß gegeben, so möchte ich wohl wissen, ob sich die nähere Nachfrage, ohne daß es dazu eigentlich einer besondern Anweisung bedarf, nicht so von selbst verstünde, daß der Advokat oder Richter — gleichviel welcher von beiden — der einen schriftlichen oder protokollarischen Klag- oder andern Vortrag für einen Andern zu entwerfen hat, will er anders auf Vollständigkeit Anspruch machen, ganz so verfahren und so ein Drama mit dem, für welchen er die Feder führt, spielen muß, er mag nun preußisch oder würtembergisch oder wie sonst immer verfahren. Denn eben weil er statt eines Andern redet, muß er sich die nämliche Kenntniß von der Sache zu verschaffen suchen, die der, dessen Angelegenheit besorgt wird, selbst davon hat. Thut er es nicht, so wird sich sein Werk bald als lükkenhaft und in sich widersprechend darstellen, wie wir freilich tagtäglich an so manchen Advokaten-Schriften und gerichtlichen Protokollen sehen können.

Daß der preußische Richter auch von Amtswegen Adcitationen verfügt, sollte nicht als besonders auffallend notirt werden, da die Richtbefugniß hierzu selbst nach gemeinem Prozeß noch nicht als ausgemacht angenommen, und nach dem baierischen Prozeß sogar entschieden ist, daß der Richter vermuthlich Betheiligte von Amtswegen adcitiren müsse *).

Daß übrigens eine Art von Obervormundschaft des Staats geltend zu machen, die Tendenz des preußischen Prozeßsystems sey, wie man meint, hat nach dem, was bisher schon bemerkt worden, eben so wenig Grund,

*) Cod. Bav. jud. cap. VIII. §. 4. n. 5.

als, wie man ebenfalls unrichtig dafürhält, die beabsichtete Entbehrlichmachung des Advokaten-Standes.

Die Grundsätze des preußischen Prozeßverfahrens haben trotz ihrer dem gesunden Menschenverstande (diesem vielleicht mehr als gewissen spekulirten Theorien unserer Prozeßrechtsmetaphysiker) einleuchtenden Vorzüglichkeit so viele Gegner, und wieder besonders in neuerer Zeit gefunden, daß man, selbst durch die Erfahrung von einem andern überzeugt, sich kaum mehr getraut, dieser Überzeugung zu folgen; solche Gewalt übt die Meinung Anderer, wenn sie sich nur recht importun ausspricht, über uns aus. Wäre der Prozeß eine Erfindung unsrer Zeit, ich möchte beinahe behaupten, alle Zungen würden sich zu seinem Lobe erheben. Aber er liegt schon in seinem Entstehen zu weit hinter uns; er erscheint gleichsam als ein Einschiebsel zwischen dem Alten und darum in angewohnter Achtung Stehenden und dem Neuesten, das den Reitz der Neuheit hat, und — er widerstrebt der Bequemlichkeit der Richter und dem Interesse der Sachwalter. Diejenigen, denen diese Rechtsverfassung eigentlich wohl thut, die Unterthanen des Staats, wo dieser Prozeß einheimisch ist, lassen ihre Stimme nicht hören; viele aber, die von der Wahrheit zeugen könnten, sind zu bequem oder scheuen sich gegen den Strom zu schwimmen. Doch kann ich nicht umhin, die Worte eines Mannes herzusetzen, der nach dem Übrigen keineswegs für einen blinden Anhänger des preußischen Verfahrens gelten kann *):

»Die großen Hauptvorzüge des preußischen Prozesses, sagt er, sind folgende: der einfache Gang in

*) Mallinkrodt in der Vorrede zu der Schrift: der preußische Prozeß ohne die ihm zum Vorwurf gemachten Mängel ꝛc. ꝛc. (Jena 1819. 8.) S. XVII.

Aufstellung und Ausmittelung der zum Grunde liegenden Thatsachen, und die unbedingte Forderung dieser, und zwar möglichst vollständigen Ausmittelung; die sorgfältige Aufstellung des status causae et controversiae vor dem Erkenntnisse (statt daß der französische Prozeß die Aufstellung dieses status erst nach ergangenem Erkenntnisse den Advokaten in den sogenannten Qualitäten überläßet); die Vollendung der Instruktion bis zum Definitiverkenntniß ohne eigentliche Interlokute, welche nur zu leicht zu unnöthiger Verweitläuftigung der Prozesse führen; die Ausscheidung der im gemeinen und vornämlich im französischen Prozesse so häufigen Förmlichkeiten, oft selbst unter Strafe von Nichtigkeit; die Verpflichtung des Richters, für den Zweck der Gerechtigkeit den beschränkten Einsichten der Parteien in rechtlicher Ausmittelung der Sache von Amtswegen zu Hülfe zu kommen — alles Vorzüge, deren gerade Entgegengesetztes fast durchgehends mehr oder minder die französische Prozeßordnung trifft. Überhaupt enthält die preußische Prozeßordnung so viel ausgezeichnet Vorzügliches, daß wenn die Richter nach Kopf und Herz solche Männer wären, als sie seyn müßten, aber in der Wirklichkeit seltener angetroffen werden, nicht leicht ein Prozeß zweckmäßiger seyn könnte, als der preußische."

Aus allen Einwürfen gegen das preussische Verfahren, die noch einigermassen haltbar sind, geht übrigens eben doch nichts weiter hervor, als daß dessen Ordnung ein menschliches Werk und als solches unvollkommen ist. Welche bisher erfundene und noch zu erfindende Gerichts- und Prozeßordnung kann sich aber rühmen, oder wird sich rühmen können, daß sie über alle Ausstellungen erhaben sey? Wer nicht auch hier das ubi plura nitent gelten lassen will, der thue nur immer

Verzicht auf eine Prozeßordnung, oder versuche es, ein Ideal zu schaffen, das Allen gefällt.

Wenn man bei der Revision dieser Prozeßordnung auf eine zweckmäßigere Redaktion Rücksicht nähme, das Breite, Instruktions- und Reglementarmäßige und so manche unnöthige Wiederhohlungen wegschnitte, einiges Anstößige in der Stellung des Richters zu den Parteien und in seinem Berufe zur Erforschung der Wahrheit (was mehr auf den Ausdruck und die Fassung als auf das Wesen selbst kommt) modificirte, dagegen die Hauptideen von der sorgfältigen Ausmittelung des Faktums durch mündliches Verhör, die so empfehlungswerthe Regulirung des status controversiae, die Abschaffung der Interlokute auf Beweis und aller Zwischen-Erkenntnisse aufrecht erhielte, und dann allenfalls noch zur Verbesserung des Ganzen am Schlusse und unmittelbar vor der Vorlegung der Akten zum Spruch eine mündliche Ausführung der Sache vor sämmtlichen Richtern zuließe — so würde die so verbesserte preußische Gerichtsordnung wenig mehr zu wünschen übrig lassen.

Es ist mir nun noch übrig, einigen Einwendungen zu begegnen, welche weniger das Verfahren selbst, als die angeblich fehlerhafte Stellung des preußischen Richters betreffen, soweit sie nicht bisher schon mit berührt worden.

1) Nach dem preußischen Prozeßverfahren, sagt man, solle der Richter den Rathgeber der Parteien machen, und so in ein Verhältniß treten, welches mit den Forderungen an seine Unpartheilichkeit eben so wenig verträglich, als praktisch ausführbar sey, weil man nicht

zwei Theilen in entgegengesetzten Interessen zugleich guten Rath ertheilen könne.

Allein von diesem Rathgeben weiß die preußische Prozeßordnung überhaupt nichts. Der Richter, welcher einer Partei zum Schaden der andern Rath ertheilt, soll vielmehr peinlich bestraft werden *). Wäre es auch anders, so müßte man ja annehmen, daß in Preußen, also über zehen Millionen Menschen ungefähr, eine heillose Justiz verwaltet würde. Man findet aber in Vergleichung des Tit. IX. §. 11. Tit. X. §. 26. des ersten, mit dem III. Tit. §. 29 ff. des dritten Theils der Gerichtsordnung nichts weiter, als daß der Richter die thatsächlichen Verhältnisse mit Sorgfalt entwickeln, und besonders da, wo folgenreiche Geständnisse von den Parteien, die in den Geschäften unerfahren und mit Rechtsbeiständen nicht versehen sind, abgelegt werden, sich vergewissern solle, daß die Partei den Sinn und Umfang ihrer Erklärung wohl gefaßt habe, oder was Mallinkrodt in der vorhin angeführten Stelle mit der "Verpflichtung des Richters, für den Zweck der Gerechtigkeit den beschränkten Einsichten der Parteien in rechtlicher Ausmittelung der Sache von Amtswegen zu Hülfe zu kommen" — ganz treffend bezeichnet. Die Prozeßordnung bestimmt hierüber wörtlich (Tit. IX. §. 11.) "Wenn aus dem Vortrage des Beklagten und dessen Vergleichung mit der Geschichtserzählung des Klägers, Rechtsausflüchte oder Rechtswohlthaten sich ergeben, welche dem Beklagten zu Statten zu kommen scheinen; so muß der Instruent auf dergleichen Umstände von Amtswegen Rücksicht nehmen, und die Thatsachen, worauf es

*) Allg. pr. Landrecht Th. II. Tit. 20. §. 402.

es hierbei ankommt, die vorhergehenden, begleitenden und nachfolgenden Umstände, wodurch eine solche Exception begründet oder gehoben wird, und überhaupt alles, was dabei in facto auf die künftige richterliche Beurtheilung Einfluß haben kann, mit Treue und Sorgfalt auseinander zu setzen bemüht seyn *). Es soll aber hierbei mit vorzüglicher Vorsicht und Behutsamkeit zu Werke gegangen werden, um nicht — — die Parteien selbst auf Chicanen und Umwege zu leiten." Gleiche Behutsamkeit ist dem Instruenten (nach Th. III. Tit. III. §. 29. sq.) rücksichtlich der Aufnahme von Geständnissen zur Pflicht gemacht, um Abwege zu vermeiden. "In wiefern es besonders bei einfältigen und gemeinen Leuten nöthig sey, ihnen die rechtlichen Folgen eines Geständnisses zu erklären, muß der gewissenhaften Beurtheilung und Vorsicht des Instruenten überlassen werden, damit auf der einen Seite die Partei durch ein unrichtiges Geständniß an ihrem wirklichen Recht nicht verkürzt, auf der andern aber auch durch unmittelbare Darstellung der ihr nachtheiligen Folgen von der Einräumung der Wahrheit nicht abgeschreckt werde." So spricht das Gesetz.

*) Narra tu mihi factum, ego tibi narrabo jus! mehr soll und darf auch hier der Richter nicht fordern und nicht leisten. Aber Sache des Instruenten ist es, für die Herstellung eines klaren Faktums und für die Stellung eines schlüssigen Antrags zu sorgen. Thut er das, so wird der erkennende Richter keine Rechtsbehelfe vermissen, sein suppletorisches Amt wird sich rechtlich geltend machen, wenn auch der Instruent pflichtgemäß unterlassen hat, dergleichen Behelfe zu suppeditiren. Mehreres s. man in meiner Schrift über die Grenzen des Richteramts in bürgerl. Rechtssachen (Nürnb. 1819. 8.) §. 24. ff.

Der Richter der es sich angelegen seyn läßt, die Thatsachen, worauf der Streit beruht, mit Sorgfalt auseinander zu setzen, braucht weder zu rathen, noch Rechtsbehelfe an die Hand zu geben. Es ist schon genug, wenn er nur die faktischen Materialien mit Umsicht an der Hand einer gründlichen Rechtstheorie sammelt, und dabei die Rechtsuchenden aus derjenigen Classe, wo es der richterlichen Nachhülfe hauptsächlich bedarf, nur recht ausreden läßt. Bei der diesen Menschen eigenen Gabe der Weitschweifigkeit kann es nicht fehlen, daß nicht eine Menge von thatsächlichen Umständen zum Vorscheine kommt, die man nur gehörig auffassen und zu dem Rechtssyllogismus verwenden darf, besonders bei den vielen zur Ordnung und Ergänzung eines verworrenen und regellosen Vortrags nothwendig zu machenden Fragen, wodurch erst das ungestaltete Chaos allmählig Formen annimmt. So wird die rechtsunerfahrne Partei (und von dieser kann ja überhaupt nur die Rede seyn) unvermerkt dahin kommen, daß sie, wenn auch nicht förmlich und ausdrücklich, doch den wesentlichen Forderungen nach, Rechtseinwendungen wie z. B. der Verjährung, des Vellejanischen Rathschlusses ꝛc. vorbringt, indem sie Thatsachen, die diese Einwendungen begründen, angiebt, und nach der ihr unverfänglich von ihrem Rechte gemachten Belehrung davon Gebrauch macht *). Der Richter braucht hier nicht zu rathen, nicht Behelfe zur Vorschützung anzuempfehlen; er darf nur den Rechtsunerfahrnen auf die einschlagenden gesetzlichen Vorschriften aufmerksam machen, ohne im übrigen

*) Über das vorsichtige Benehmen des Richters dabey, kann man die erst allegirte Schrift: über die Grenzen des Richteramts §. 20. ff. vergleichen.

dessen freiem Entschlusse durch Geltendmachung einer ungeeigneten Fürsorge vorzugreifen. Denn nur mit dem Verstande nicht mit dem Willen hat er es zu thun.

Der preußische Instruent ist also nicht Rathgeber der Parteien.

2) Aber, sagt man, da die dem Richter hier auferlegte Funktion so mißlich ist, so leicht auf Abwege führen kann, ist es nicht besser, den Richter derselben gänzlich zu überheben und die rechtsunerfahrnen Parteien an einen Sachwalter zu weisen? Es ist nicht zu leugnen, daß dieses Auskunftsmittel allerdings bequem ist, nur nicht für denjenigen, der sich desselben bedienen muß, wenigstens nicht immer, vielleicht sogar nur selten.

Es ist wohl keine schwere Aufgabe, zu entscheiden, welche Prozeßordnung zweckmäßiger ist: diejenige, welche die Parteien zwingt, sich der Hülfe eines Advokaten zu bedienen, oder ausserdem hülflos zu bleiben, oder diejenige, welche den Parteien freien Willen läßt, einen Sachwalter anzunehmen oder nicht, ohne sie, wenn sie jene Hülfe nicht suchen, darum ihrem Schicksale zu überlassen. Eine Prozeßordnung, welche die Rechtsuchenden, es sey nun direkt durch Gebot oder indirekt dadurch, daß sie selbige ausserdem hülflos läßt, nöthigt, ihre Angelegenheiten durch einen Sachführer besorgen zu lassen, verdient eben so wenig Nachahmung, als diejenige, welche den Parteien die Mittel ihrer Vertheidigung verkümmert dadurch, daß sie den sachwalterlichen Beistand auf gewisse Instanzen beschränkt, und namentlich bei Untergerichten die Advokaten ausschließt, wo sie in gewisser Rücksicht den Rechtsschutzbedürftigen oft noch nothwendiger sind, als bei Obergerichten. Daß aber die preußische Prozeßordnung die Entfernung der Anwälte beabsichte, wird ohne allen Grund behauptet. Der weise

Urheber derselben wollte hier durchaus keinen unnatürlichen Zwang anwenden; er suchte nur das Advokatenwesen nach andern Grundsätzen zu organisiren. Er sagt in jener weltberühmten Cabinetsordre vom 14. April 1780.:

»Es ist Meine Meinung nicht, daß den Parteien bei dergleichen gerichtlichen Handlungen die Assistenz eines Rechtsfreundes versagt werde; vielmehr finde Ich es nöthig, sowohl dem Kläger als Beklagten, auch schon bei Untersuchung des Facti, seinen Advokaten zu dem Ende zu accordiren, damit derselbe dem Richter, welcher vielleicht aus Nachlässigkeit, Mangel der Penetration oder wohl gar aus Parteilichkeit, der ihm obliegenden Untersuchung keine Satisfaktion leisten möchte, seiner Pflicht erinnern, ihn in allem controlliren, die Rechtsgründe der Partei deduciren, und also für die Sicherheit seines Clienten auf alle Art Sorge tragen solle. Damit aber diese neue Art von Advokaten nicht wieder auf die alten Irrwege gerathen möge; so muß die Sache so eingerichtet werden, daß solche bei dem Verzuge der Entscheidung und Vervielfältigung der Prozesse nicht interessirt sind, sondern einen ganz andern Gesichtspunkt zur Beförderung ihres Glücks und ihres Interesse erhalten.«

So glaubte der König von den Advokaten das Gute beizubehalten, und nur das Schädliche zu entfernen. Daß er sich hierin in seiner Rechnung irrte, daß die neuen unter dem Namen von Assistenzräthen von ihm geschaffenen Vertreter des Interesse der Parteien, — besoldete Diener des Staats, und Mitglieder des Gerichts, — von den Parteien nicht mit dem Vertrauen angesehen wurden, wie eigentliche Advokaten, (vielleicht weil sie zu wenig einseitig waren und zu viel den Rich-

ter machen wollten, daß man nachher von der Idee besoldeter Advokaten abgehen, und die Advokaten nur unter dem veränderten Namen Justizkommissarien, mehr ihrem alten Wesen nach, wieder zulassen mußte, das gehört nicht hierher, beweist aber so viel, daß selbst große Menschen ihre großgefaßten Ideen an der Klippe scheitern sehen müssen, die leider so viele nicht ahnden, nämlich daß die Menschen anders sind, als sie nach jenen Ideen seyn müßten, wenn diese für die Wirklichkeit passen sollen.

Endlich darf man, wenn von der Nothwendigkeit oder Entbehrlichkeit der Advokaten die Rede ist, und wiefern das richterliche Amt deren Hülfe surrogiren könne, nicht vergessen, daß die Mehrzahl der Parteien, wenigstens da, wo die Mehrzahl der Prozesse ist, nämlich bey den Untergerichten, Rechts- und Geschäftskundige sind, und daß gerade hier die Gesetzgebungspolitik noch manche andere Betrachtungen anzustellen hat, als diejenigen, welche von der reinen Justiz, vielmehr von prozeßmetaphysischen Idealen ausgehen, wenn sie eine Prozeßordnung schaffen will, unter welcher auch der Bauer auf angemessene Art zum Rechtsschutze gelangen kann, ohne daß er der theuern und seinem Stand und Berufe so wenig zusagenden Assistenz eines Rechtsanwaltes bedarf, wenn er nicht will oder durch besondere Umstände dazu veranlaßt wird.

3) Man behauptet ferner, der preußische Richter komme auf eine Art, die Besorgniß für seine Unbefangenheit errege, in unmittelbare persönliche Berührung mit den Parteien. Unwillkührlich werde die persönliche Bekanntschaft den Richter mehr auf die Seite der einen als der andern Partei ziehen; die gewandte, durch körperliche Schönheit ausgezeichnete oder in den Manie

liebenswürdiger Schüchternheit sich hüllende Klägerin werde dem Richter Theilnahme einflößen, während der zanksüchtige, häßliche, trotzige Beklagte von sich abstoße. — Wahr! aber für dergleichen menschliche Schwachheiten gibt es leider auſſer der Brust des Mannes keine Gewährschaft; der Versucher wird den Schlüssel zu dem Herzen des Richters von zweideutigem Wesen schon zu finden wissen, in Geheim und unvermerkt wahrscheinlich besser, als da, wo Beobachtung möglich ist. Und sollte nicht die Erbsünde der Augenlust bei dem französischen öffentlichen Verfahren hier vielleicht noch mehr Gegenstände der Befriedigung finden? Ist sie doch selbst von dem rein schriftlichen Verfahren nicht ausgeschlossen, so lange auſſer dem Verfahren *in ordinario* noch so mancher Weg zum Herzen eines menschlichen Richters extraordinarie offen gelassen ist. Es kann also nicht gerade dem preußischen Prozesse allein zur Last gelegt werden, was allen Prozeßordnungen gemein ist, welche die Richter aus Menschen mit Augen und Ohren nehmen müssen. —

4) Man findet es gefährlich, daß der preußische Richter, welcher nach den Regeln des Prozesses die Instruktion leitet,

a) es nicht den Parteien allein überlassen dürfe, ihre gegenseitigen Behauptungen vorzutragen, daß er vielmehr

b) an der Entwickelung der Wahrheit selbst thätigen Antheil nehmen müsse, welches

c) voraussetze, daß er sich aus den ihm bekannt gewordenen Thatsachen einen Plan bilde, wie er bei dieser Untersuchung zweckmäßig zu Werke gehen solle.

d) dieser Plan werde ihn unvermerkt dahin führen, daß er mit Vorliebe und Vorurtheil bald Ideen bei sich

feststelle, wie die Wahrheit sich am Ende entwickeln werde, daß er in dieser Überzeugung einige Spuren mit Eifer verfolge, andere als unzweckmäßig fallen lasse, und selbst die Parteien beliebig leite, ihm in seinen Ansichten zu folgen.

Hierauf antworte ich, und zwar

auf a) das ist falsch. Dieß lag nicht einmal in Friedrichs strenger Idee von der positiven Thätigkeit des Richters, und man könnte mit Beweisstellen für das Gegentheil aus der preußischen Gerichtsordnung ganze Seiten anfüllen, wo es dem Richter strenge zur Pflicht gemacht ist, die Parteien ruhig anzuhören, ihre Vorträge und Anträge, selbst wenn sie ihm ungereimt scheinen, so bald sie es verlangen, sowie überhaupt ihre Ansichten, wenn selbige auch von der des Richters abweichen, gleichwohl zu Protokoll zu nehmen. Nach obiger Behauptung möchte es beinahe scheinen, als dürfe die Partei kaum den Mund aufthun, als dürfe sie nicht, was ihr nützlich scheint, vorbringen, statt daß die Pflicht und Befugniß des Richters ausdrücklich dahin ausgesprochen ist, er solle nur verhüten, daß die Vernehmlassung der Parteien und die Sorgfalt bei deren Niederschreibung nicht zu Ausschweifungen und Abweichungen führe.

So ist unter andern Th. III. Tit. 3. §. 31. seq. bestimmt, daß der Richter, während er die Vorträge und Angaben der Parteien in deren Gegenwart und in Ausdrücken, die ihrem eigentlichen Sinne gemäß und den Parteien selbst verständlich sind, dem Protokollanten laut und deutlich in die Feder diktirt, dahin sehen solle, daß diese Vernehmung nicht in ein wildes Geschrei und unnützes Gezänke unter ihnen ausarte, wodurch die Zeit fruchtlos verschwendet, die Verbitterung der Gemüther vermehrt, und am Ende

unter einer Menge von irrelevanten Nebenumständen, persönlichen Vorwürfen, und unnützen Wiederholungen, die Hauptsache und die Fakta, worauf es dabei eigentlich ankommt, gar aus dem Gesichte verloren werden. Wer Prozeßverhandlungen, die unter der Leitung schwacher, seichter oder geschäftsüberdrüssiger Richter von weitschweifigen, ihren Verdienst gleichsam nach der Elle, nicht nach dem Gewichte der Arbeit berechnenden Advokaten, schriftlich zu Stande gebracht oder von geschwätzigen redseligen Parteien zu Protokoll aufgenommen worden sind, wer solche Verhandlungen gelesen hat, weiß aus leidiger Erfahrung, wie wahr der preußische Gesetzgeber hier gesprochen, und wie oft nur ein kleiner Theil von dem, was geschrieben oder gesprochen worden, eigentlich zur Sache gehört.

Auf b) ist wahr, steht aber nicht im Widerspruche mit der Selbstthätigkeit der Parteien.

Auf c) ist verständig; aber unverständig, wenn ein solcher Plan wie ein Leisten angenommen wird, überhaupt wenn der Mann ein Pedant ist. Daß dieß weder im Geiste noch in den Worten des Gesetzes liegt, mag unter andern aus §. 34. a. a. O. erhellen, wo es heißt: "Jeder Instruent soll bei der Einleitung und Führung der Instruktion, nicht auf bloßes Gerathewohl, sondern nach einem festen und wohlüberlegten Plane zu Werke gehen. Einen solchen Plan muß er sich entwerfen, sobald er aus den ersten Vernehmungen der Parteien ungefähr ersehen kann, wo die Sache hinaus wolle, und darnach muß er in die ganze Folge seiner Operationen Ordnung und Zusammenhang zu bringen suchen. Er muß aber auch auf diesem Plan nicht mit Eigensinne bestehen, sondern wenn er

in der Folge der Verhandlungen wahrnimmt, daß Umstände zum Vorschein kommen, die auf eine andere Entwickelung des streitigen Geschäftes, als bisher zu vermuthen war, führen könnten, so muß er denselben aufmerksam nachgehen, und darnach seinen Plan zur Fortsetzung und Beendigung des Instruktionsgeschäfts berichtigen. Sein Hauptzweck muß immer seyn, die Wahrheit der Thatsachen vollständig und zusammenhängend zu entwickeln; aber auch durch möglichste Vermeidung aller unnützen, zur Sache nicht gehörigen, und deren Aufklärung um nichts befördernden Nebenumstände, Zeit und Kosten möglichst zu sparen." — Ich weiß nicht, was gegen die Verständigkeit dieser Methode einzuwenden seyn sollte.

Auf d) ist durch das Bisherige beleuchtet und widerlegt. Überhaupt ist mit allen diesen Einwürfen nichts weiter bewiesen, als daß schlechte Instruenten ihre Sache schlecht machen, so wie dieß eben überhaupt bey aller Geschäftsführung der Fall ist.

5) Man hat es dem preußischen Prozeße mit Recht zu einem Vorzug angerechnet, daß die Methode der Instruktion es dem Richter möglich mache, den Ausschweifungen zu begegnen, wovon vorhin bei Widerlegung des Einwandes n. 4. a. die Rede war, das Irrelevante vom Zweckdienlichen abzusondern, die Erklärungen der Parteien, die sich sonst regellos folgen, in eine lichtvollere Ordnung zu bringen, und dadurch dem Richter das Endurtheil wesentlich zu erleichtern *). — Allein diese

*) Man könnte noch manche andere Vortheile dieser Methode hinzufügen, namentlich die in die Augen fallende Abkürzung der Prozeße, die Vereinfachung des Beweisverfahrens, überhaupt was Folge der mündlichen

se Sichtung der Parteivorträge durch den Richter, der erst das Vorbringen zu Protokoll bringe, behauptet man, sei gefährlich, weil die Erklärungen der Parteien erst durch das Medium des Richters zu den Akten kämen. Auch habe die Erfahrung gelehrt, daß bei der preußischen Art zu verfahren, oft das Wesentliche mit dem Unerheblichen über Bord geworfen worden, daß Eigensinn und Vorurtheil oder wohl gar Bequemlichkeit den Richter vermocht habe, faktische Erklärungen der Parteien nicht mit aufzunehmen, deren Weglassung in der Folge ihren Gerechtsamen nachtheilig wurde *). — Allein dieser Tadel trifft, sofern er gerecht ist, nicht bloß den preußischen Prozeß; dieser theilt ihn vielmehr mit jedem Rechtsverfahren, welches mündlich zum Protokoll erfolgt, da wo dieses nicht von der Partei, oder ihrem Anwalte diktirt wird. Es ist indessen zum Glück mit der Sache so schlimm nicht, als es aussieht.

Was erstens die vermeinte Gefährlichkeit der dem Richter verstatteten Befugniß die Vorträge der Parteien zu Protokoll zu nehmen überhaupt betrifft, so würde man denjenigen, der sich im Ernst darüber ängstigte, sehr bedauern müssen, weil ohne eine Totalreform der Geschäftsführung überhaupt, besonders bei denjenigen Behörden, die in steter Berührung mit den Parteien stehen, und mit diesen unmittelbar verhandeln, namentlich bei den Untergerichten und andern Behörden des Regierungs-, Polizey- und Finanzressorts, diese Gefahr täglich über den Häuptern unzähliger Personen schwebte. Das mündliche Verhandeln und das Protokolliren müß-

---

Conversation und nur dieser zur Entwickelung und Berichtigung unserer Vorstellungen ist.

*) v. Reibnitz Ideal e. Ger. Ord. I. S. 116.

te sonach vornweg gleich abgeschafft werden, oder man müßte die Betheiligten immer selbst das Protokoll diktiren lassen, was aber eben doch nur ausnahmsweise angehen würde. Richter und Aktuar werden also immer als das Medium des schriftlichen Gedankenausdrucks erscheinen, so lange es noch Protokolle giebt, und Parteien etwas mündlich anzubringen haben. Anlangend den zweiten Einwurf, oder die behauptete Zwecklosigkeit der richterlichen Sichtung des Parteivortrags, so hat es damit die nämliche Bewandniß, wie mit dem obigen, sofern als diese Sichtung des regellosen mündlichen Vortrags eine nothwendige Folge der schriftlichen Verabfassung überhaupt ist. Ich sage nichts von der Hinfälligkeit des Einwurfs in logischer Beziehung; ich gehe darüber hinweg, wie viele Beispiele die vorgegebene Erfahrung etwa belegen mögen, obgleich darauf viel ankäme, wenn nicht ein Schluß von einzelnen Erscheinungen auf das Allgemeine und Nothwendige gelten und einzelne Mißbräuche in der Anwendung für die Mangelhaftigkeit einer Institution zeugen sollen. Ich frage nur: giebt es irgend eine Einrichtung im Staat und im bürgerlichen Verkehre, die nicht gemißbraucht werden könnte? Aber wir sind so billig, des möglichen Mißbrauchs willen nicht den rechten Gebrauch zu verleugnen; wir vergleichen und entscheiden uns für dasjenige, was, wenn auch nicht unter allen Verhältnissen, doch unter den meisten die Probe hält. Abgesehen indessen von allen diesem, so lohnt es wohl die Mühe, die Unvollkommenheiten und Nachtheile gegen einander abzuwägen, welche eine Wirkung des gerügten Einflusses des Richteramts auf das Produkt der Darlegung der Materialien für die Entscheidung, überhaupt des Prinzips der Aktivität von der einen und des der Passivität von der andern Seite sind, und dann zu sehen, wo sich das Überge-

wicht an Unvollkommenheiten zeigt. Legen wir denn in die eine Waagschale die Nachtheile, welche Ungeschicklichkeit oder böser Wille eines Richters mit dem gerügten Einflusse hier und da ausnahmsweise (denn von Ausnahmen ist ja doch überall nur die Rede) wirken mögen, und ziehen davon ab, was durch die Mittel gewirkt wird, die nach dem preußischen Prozeßorganismus (namentlich durch die Einrichtung, daß zwischen dem instruirenden und erkennenden Richter, zur Controlle des erstern noch eine Mittelsperson, der Decernent steht), als Gewähr der Gesetzmäßigkeit dienen; ferner daß den Parteien und ihren Anwälten vorbehalten ist, jede Ungebühr von Seiten des Richters zu rügen und Irrthümer oder Auslassungen selbst noch in der letzten Instanz (Prozeßord. Tit. 15. §. 8. ff.) zu verbessern. Nehmen wir den hiernach bleibenden Rest der Unvollkommenheiten als Gegengewicht an gegen die in der andern Waagschale liegenden gegentheiligen Unvollkommenheiten: die Ungeschicklichkeit, Oberflächlichkeit und den bösen Willen der Parteien und Sachwalter, und das Produkt derselben: eine Farrago von leeren Dicentereien, eine Masse von Spreu mit einigen mühsam herauszu klaubenden Weitzenkörnchen, den Ekel, der den erkennenden Richter anwandeln muß bei dieser widerlichen Masse, und wie hier der beste Wille sich in Widerwillen verwandeln muß, ferner dieses Gewebe von Verdrehungen und Entstellungen der Wahrheit; ziehen wir davon ab, was der Richter nach gemeinem Prozeß zur Hemmung dieses Unfugs vermag — und nun sehe man, wo sich wohl das Übergewicht von Unvollkommenheiten hinneigt, wo der Erkenntniß der Wahrheit mehr Gefahr droht. Ich finde in jener Erfahrung, von welcher Hr. von Reibnitz zeugt, nichts als den Beweis der Möglichkeit, daß ein wahres Sachverhältniß nicht

zum Vorschein komme; weit mehr Erfahrungen aber, ja selbst Vernunftgründe sind dagegen. für die Wahrscheinlichkeit, daß die Wahrheit verdunkelt und entstellt werde, wenn bloß die Betheiligten und Sachwalter die Hände im Spiele haben, und die ganze Thätigkeit des instruirenden Richters sich auf die sogenannte Prozeßdirektion d. h. mehr oder weniger auf den Ausspruch eines bloßen *communicetur* (wenn das Produkt anders nicht ganz und gar mangelhaft erscheint) beschränkt *). Einseitigkeit, diese ewige Feindin des Rech-

*) Wer unterschreibt hier nicht mit voller Überzeugung, was dießfalls ein nun verstorbener hocherfahrner und taktfester Geschäftsmann, der Appellationsgerichts-Direktor von Bandel (einer von den preußischen Veteranen, die den neuen Prozeßgang haben entstehen sehen, und aus Anlaß des famosen Müller Arnoldischen Prozesses selbst einer der Märtyrer ihrer juristischen Überzeugung gegenüber der königlichen Meinung von dem, was in dem concreten Falle Recht sey) in der Schrift: Gutachten über eine schickliche Vereinigung der baierischen und preußischen Prozeßordnung (Nürnberg 1809. 8.) S. 14. sagt: "Wenn eine Sache bis zum Schlusse in Schriften verhandelt wird, so werden schon — unwillkührlich oder auf Verlangen der Parteien, — ganz unerhebliche Thatsachen in die Exceptionsschrift aufgenommen. Der Replikant wird selten das Herz oder die Energie haben, dieß Geschwätze unbeantwortet zu lassen, und eben darum muß das eigentliche Faktum immer dunkler werden, je mehr Schriften gewechselt worden. Nun muß der Urtheilsfasser im Schweiße seines Angesichts alle diese Siebensachen lesen, wird dadurch zurückgeschreckt, und — die Arbeit fällt ihm aus den Händen. Vor dem Schlusse der Sache weiß eigentlich in dem Collegium Niemand, was in den Schriften stehet, und

ten und Wahren, ist nur ausnahmsweise im Gefolge der Thätigkeit des Richters, dagegen der regelmäßige Begleiter der Parteien. Wenn man übrigens die obige Schilderung von Willkührlichkeiten liest, und damit mehrere vorhin allegirte Stellen der preußischen Prozeßordnung zusammenhält, so möchte man auf den Gedanken kommen, daß in Preußen die Gesetze nur geschrieben, aber nicht befolgt würden.

Die Tadler des preußischen Prozeßorganismus gehen fast durchgängig von einem Prinzip der menschlichen Schwachheit aus, vermöge dessen man vielleicht die Hälfte unserer Einrichtungen als mangelhaft verwerfen, ja selbst die goldenen Äpfel der Hesperiden, die uns von jenseits des Rheins geboten werden, als ungenießbar ausschlagen müßte, weil es schwer hält, Individuen zu finden, die überall und ohne Ausnahme den Forderungen einer vollkommenen Verwaltung entsprechen. Dieses Prinzip zerstört in der That allen Glauben an ein Besserwerden und damit zugleich das Fortschreiten zur menschlichen Vervollkommnung in seinem ersten Beginnen. Bedächte man überhaupt, daß man die Menschen nicht

---

ich habe es, bei Umformung der schwebenden Prozesse in den preußischen Instruktionsgang, erlebt, daß in sehr korpulenten Akten, noch kein Wort über dasjenige Faktum stand, welches die Entscheidung motiviren mußte, oder, daß man wenigstens über solches noch nicht klar sehen konnte. Ich weiß wohl, daß diese Unkunde des vortragenden Raths und des Gerichts von dem materiellen Inhalte der Schriften gesetzwidrig ist, aber ich weiß auch, daß die vis inertiae in eben dem Grade das Gesetz vom Auge entfernen wird, in welchem die Schrift weitläufig und überladen ist. Also — communicetur ad replicandum, duplicandum u. s. w."

beſſer macht, wenn man ſie für ſchlechter annimmt, als ſie ſind. Man wird mir einwenden, daß das Nämliche von der Präſumtion gegen die Advokaten und Parteien gelten müſſe, und daß die rückſichtlich ihrer gerügten Unvollkommenheiten ebenfalls nur Ausnahmen ſeyen. Allein es liegt ſchon darin ein mächtiger Unterſchied, daß ich mir den Richter, bey welchem jene Beſorgniſſe eintreten, als einen für ſein Amt untüchtigen Mann oder wohl gar als Verbrecher denken muß, während dieß bey dem Advokaten ganz anders ſich verhält. Dieſer kann ſogar, wenn er auch unredlich zu Werke geht, ſofern es nur für ſeine Partei geſchieht, den Ruf der Tüchtigkeit (ob mit mehr oder weniger Recht, gehört nicht hieher) verdienen, auf keinen Fall wenigſtens hat er für die Unterdrückung der Wahrheit und Beugung des Rechts eine Ahndung zu beſorgen, die derjenigen gleich wäre, die der inſtruirende Richter in gleichem Falle zu erwarten hätte. Und was von dem Sachwalter und ſeiner unredlichen Kunſt geſagt wird, gilt noch in einem höhern Grade von der Partei ſelbſt, die der natürliche Trieb der Selbſtvertheidigung ſo leicht über die Schranken der Ordnung und Redlichkeit im Benehmen gegen ihren Gegner hinausführen kann. Wenn alſo gefragt wird, ob von dem Richter oder der Partei und ihrem Sachwalter für den Zweck der Erforſchung der Wahrheit mehr zu beſorgen iſt, mit andern Worten: was dem Zwecke einer gründlichen Inſtruktion mehr entſpricht, die poſitive Thätigkeit des Richters, wie ſie der preußiſche Prozeß vorſchreibt, oder deſſen paſſives Verhalten gegen über der freien Thätigkeit der Parteien und Sachführer? ſo wird die Antwort hierauf wohl nicht ſchwer halten.

6) Die preußiſche perſönliche Vernehmung der Parteien, ſagt man, begründe eine gefährliche Zwangslage

für die Vernommenen. Wer selbst als Criminalrichter inquirirt habe, wer die gerichtlichen Protokolle kenne, wisse, wie leicht es sey, wenn nicht Pflichtgefühl den Richter auf sich aufmerksam mache, hinein zu inquiriren, wo nichts heraus zu inquiriren sey; er kenne die schüchterne peinliche Lage der meisten Vernommenen. Wende man dieß auf den preußischen Civilprozeß an, so sey nicht zu erwarten, daß mit Unbefangenheit und Ruhe die Partei ihre Gründe vortrage; in bänglicher Stimmung zu Gericht kommend, werde der Schüchterne durch die Fragen des Richters eher mehr zerstreut und verwirrt, als beruhigt. — Man möchte vor allen fragen, warum jene Zwangslage nur eine Wirkung der preußischen persönlichen Vernehmung seyn soll? Übrigens will ich mich statt aller Widerlegung nur auf die Erfahrung derjenigen berufen, die hier eigentlich ein Stimmrecht haben; derjenigen, die nicht vom Lehrstuhl, sondern vom Richterstuhl aus das Leben und Wesen in foro beobachtet, welche bürgerlich und peinlich Angeklagte vor sich gehabt haben, und zwar nicht bloß einige Mal, sondern oft, in allen Situationen, von allerley Volk, Alter, Geschlecht, Charakter und Gemüthsart; kurz auf die Erfahrung vieljähriger Praktiker im Civil- und Criminaldienst. Wenn diese das gemachte Bedenken theilen, so soll mir meine 25jährige Erfahrung von dem Gegentheile dieser zu sentimentalen Vorstellungen nichts gelten. So schüchtern und zartorganisirt, blöde und stumpfsinnig sind selbst unsere Inquisiten nicht, am wenigsten, wie man behaupten will, die Mehrzahl, daß sie nach einer beliebten Redensart in sich hinein inquiriren ließen, wo nicht heraus zu inquiriren ist*); am wenigsten haben wir im bürgerlichen Pro-

*) Mit unserer übertriebenen Humanität im Strafverfahren

Prozesse uns deßhalb bange seyn zu lassen. Doch man gehe nur und sehe!

Es ist doch eigen; so oft es der Vertheidigung des Verhandlungs-Prinzips oder gar des mündlichen Verfahrens nach französischer Form gilt, ist der rechtende Staatsbürger mündig; er kann seine Rechte selbst vertheidigen, man nimmt dieß wenigstens als Regel an, und fordert es als wesentliche Eigenschaft eines Staatsbürgers, der auch zur Ehre der Volksvertretung berufen ist, er sey ein Bauer oder Studierter. Nur wenn es darauf ankommt, ein Verfahren wie das preußische, als gefährlich zu schildern, ist der größte Theil der Staatsbürger, der ohne Advokaten dem Richter gegenüber steht, hilflos und verlassen, und dem Richter wird überall zu viel Gewalt eingeraumt, wenn man ihn an der Darlegung der Thatsachen Theil nehmen läßt. Und doch legt man die Gewalt der Entscheidung in seine Hände! Freilich kann hier der Oberrichter das Unrecht wieder gut machen, allein doch nur, wenn der Beschwerte ein Rechtsmittel ergreift, und dieß kann er ja doch auch, wenn er sich durch das Verfahren des Unterrichters beschwert erachtet, im Preußischen mit voller Wirkung sogar noch in den obern Instanzen.

7) Ein weiterer Zweifel gegen die Stellung des preußischen Richters wird von der Schwierigkeit einer genügenden Informationseinziehung hergenommen. Man solle bedenken, sagt man, wie schwer es selbst einem Advokaten oft werde, Information von seinen ungebildeten

ten haben wir es wirklich dahin gebracht, daß nichts hinein, aber auch — nichts heraus inscribirt wird, wo in der That oft recht viel heraus zu inscribiren wäre!

Clienten einzuziehen, wie viel Geduld er nöthig habe, nur einige brauchbare Materialien zur Instruktion zu erhalten, und dann sich fragen, ob diese Geduld und Langmüthigkeit dem mit Geschäften aller Art beladenen Richter *) in allen Fällen zugetraut werden könne. Ich antworte: es ist schlimm, wenn der Mann zu sehr mit Geschäften überladen wird. Zum Besten des Dienstes schon darf dieß nicht geschehen. Der mit Geschäften überladene Prediger, der Professor auf dem Catheder und jeder, der nicht zwei und mehrere Sachen zugleich thun kann, muß zur gründlichen Erledigung eines Geschäfts die nö-

*) Ein leibhaftiges Ecce homo eines solchen mit Geschäften überladenen Richters entwirft Mittermaier (der gemeine teutsche bürgerliche Prozeß ꝛc. II. Beitrag. Bonn 1821. S. 39.) und man kann ihm keine Übertreibung Schuld geben, wenn er das Tagwerk des armen Gequälten so beschreibt. "Aufgeschreckt am frühen Morgen durch die polizeiliche Anzeige eines verübten Raubes beginnt seine angestrengte Thätigkeit, während die Anzeige einer ausgebrochenen Viehseuche schleunige Vorkehrungen forderte; um 7 Uhr marschiren einige Regimenter durch den Ort, und müssen vom Beamten einquartirt werden; dort kömmt ein Unterthan und fordert Hagelabschätzungstabellen, während der Nachbar den Consens zur Aufnahme eines Kirchenkapitals verlangt, und ein plötzlich schwer Erkrankter verlangt sein Testament zu machen. Kaum kömmt der Richter zurück in das Amtsgebäude, so findet er schon wieder ein Paar Befehle von der Oberadministrativbehörde, welche ihm Einsendung von Tabellen oder Vornahme der Conskription gebietet; ermüdet und gequält endlich durch die verschiedenartigsten Geschäfte kömmt er dazu, eine Commission im Civilprozesse abzuhalten, oder auf eingekommene Partheienschriften zu verfügen."

thige Zeit haben, und hat er sie nicht, so muß er nicht weniger, als der Richter der Gründlichkeit und Gediegenheit des Geschäfts entgelten lassen, was ihm an der Zeit verkümmert wird. Die Gründlichkeit bleibt aber doch immer ein wesentliches Erforderniß, und die Schwierigkeiten, die uns dabei entgegen stehen, werden nie mit einem seicht und oberflächlich behandelten Werke aussöhnen. Dieß ist also nur eine Warnung an die Regierungen, ihre Beamten, es sey im Justiz- oder Administrativ-Ressort, nicht zu überladen. — Eine vollständige Informationseinziehung ist dem Richter so nothwendig, daß er sie im streitigen und nicht streitigen Rechtsverfahren (da wo nämlich die willkührliche Gerichtsbarkeit noch zu seinem Wirkungskreise gehört) nicht entbehren kann. Wie wollte er sonst überhaupt eine Willenserklärung mit der erforderlichen Gewißheit und Zuverlässigkeit aufnehmen? Will man den Zweck, so muß man auch die Mittel nicht scheuen, wodurch jener bedingt ist. Aber es kommt auch bei dem Richter nicht weniger als bei dem Advokaten (denn auch dieser ist oft mit Geschäften überladen) gar vieles auf persönliche Eigenschaften an. Der Ungeschickte, der Träge, der Schlendrianist wird als instruirender Richter sich mangelhaft informiren und so auch schlecht instruiren, wenn man ihm auch einen langen halben Tag nichts als eine simple Schuldklagsache zutheilt, während derjenige, der die entgegengesetzten Eigenschaften besitzt und Liebe zu seinem Berufe hat, vielleicht eine verwickelte Erbtheilungssache in der nämlichen Zeit gründlich erledigt. Das Argument beweist also offenbar zu viel. Es beweist beinahe, daß man besser thue gar keine Information einziehen zu lassen, weil man nicht immer sicher seyn dürfe, daß man eine zuverläßige erhalte.

Alle bisher von No. 1 — 7. geprüfte Einwendungen gehen auf die angeblich zweckwidrige Stellung

des Richteramts, und besonders darauf, daß man von dem Richter Übermenschliches (das beinahe behauptet man!) erwarte. Daß man viel fordert, gebe ich zu; aber wir können es einmal nun nicht dahin bringen, daß das Amt des Richters eines der leichtesten im Staate sey. Wir mögen denselben stellen, wie wir wollen, so werden wir (und davon wollen wir zur Ehre des Amts auch nichts nachlassen) von dem Manne, der Richter seyn soll, die Lösung mancher Aufgabe fordern müssen, die einen thätigen, geschickten, für seinen Beruf empfänglichen, vor allen aber — streng rechtlichen und unparteiischen Mann voraussetzt. Und mit einem solchen — wird man auch als preußischen Instruenten zufrieden seyn dürfen.

Das Hauptbedenken gegen die praktische Vorzüglichkeit des preußischen Verfahrens und gegen die dem Richter gegebene Stellung ist also, daß die Richter (vergl. das Urtheil Mallinkrodts oben Seite 61.) seltener als solche Männer von Kopf und Herz in der Wirklichkeit erscheinen, wie sie die preußische Prozeßgesetzgebung voraussetzt. Nun dürfen wir zwar freilich nicht erwarten, daß wenn wir Ideale aufstellen, die Menschen darum Grandisone werden. Indessen ist es auch ein Erfahrungssatz, daß der Mensch von dem man wenig fordert, eben auch wenig leistet, und daß er oft sogar einer mäßigen Forderung kein Genüge thut. Vielleicht wäre er nach Verhältniß nicht weiter zurückgeblieben, hätte man ihm viel zugemuthet. Die Erfahrung hat denn doch gelehrt, daß der preußische Prozeß, indem er tüchtige Juristen und gewandte Geschäftsmänner voraussetzt, solche auch gebildet hat. Schon dieß, daß der Mann, will er anders nicht in Schande bestehen, sondern fortkommen, und für einen tüchtigen Richteramtsbeamten gelten, sich anstrengen muß, schon der Umstand, daß der angehende Rechtspraktiker mit der Vorstellung in das Geschäftsleben tritt, daß

ex mit dem gemeinrechtlichen Schlendrian, wo die ganze Geschicklichkeit des Richters nicht im Instruiren der Prozesse, sondern im Urtheilmachen besteht, weder Ehre einlegen, noch Empfehlung finden werde — ist ein mächtiger Hebel der Thätigkeit und des Strebens nach Auszeichnung. Und wenn der französische Prozeß eine Schule der Beredsamkeit und der Schärfung der schnellen Auffassungsgabe genannt werden kann, so kann man den preußischen Prozeß mit eben so viel Recht eine Schule gründlicher Forschung und praktischer Übung in der Kunst der Verbindung der Theorie mit der Anwendung nennen, und nebenher — ich richte mich damit freilich nur an diejenigen, die darauf noch einen Werth setzen — eine Anstalt zur Bildung eines lebendigen Sinnes für die gottgefällige Gerechtigkeit. Freilich muß die Anstalt noch im Geiste Friedrichs gehandhabt, und dem Schlendrian, der Faulheit und jeder Ungebühr ernstlich gesteuert werden, wozu aber hauptsächlich nur (denn die Gesetze des Verfahrens sind noch ganz in Friedrichs Geiste vorhanden, und bedürfen nur ausnahmsloser Anwendung!) — guter Wille und ein System vernünftiger Strenge in der Aufsicht gehört.

Endlich darf man nicht vergessen, daß der instruirende Richter in Preußen nicht allein steht und unbeobachtet sein Wesen treiben kann, daß der Instrument durch den Decernenten, hiernächst durch den Referenten und endlich durch den Vorstand des Gerichts selbst controlirt wird, daß ferner die ganz freie Zulassung von Advokaten als Sachwalter und Beistände, vor allen aber das beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi, bis in die oberste oder Revisions-Instanz sogar *) den Parteien gegen Oberflächlichkeit,

*) Allg. G. O. Th. I Tit. 15. §. 8. ff.

Übereilung und bösen Willen der Richter eine Gewährschaft leisten, welche von demjenigen, was uns andere Prozeßordnungen deßfalls darbieten, wenigstens nicht überboten wird, die gerühmte Gerichtsöffentlichkeit mit inbegriffen, sofern als dabei mehr auf Zuschauer und Zuhörer als auf eigentliche Beobachter gerechnet wird und werden kann, mehr auf ein Publikum, dem nur um Erlangung einer deutlichen Erkenntniß von dem Verhandelten, vielleicht gar nur um Befriedigung seiner Neugierde zu thun ist, als auf ein solches, das mit genauer Überlegung und Sachkenntniß für den eigentlichen Zweck der öffentlichen Verhandlung Acht giebt.

Warum man übrigens nur im Civilprozesse den Richter nicht genug observiren zu können glaubt, während man im Criminalprozesse das, was der Mensch unter seine heiligsten Güter zählt, unter ähnlichen Modifikationen in eines einzigen Mannes Hände giebt — darauf habe ich wenigstens noch keine befriedigende Antwort gehört.

III.

Auch ein Wort über Öffentlichkeit und Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens *).

Die Worte Öffentlichkeit und Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens, welche in

*) Dieser Aufsatz war schon geschrieben, als das Werk unseres Feuerbach über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege im Publikum erschien, ein Werk, das an Fülle, Gelehrsamkeit und Eleganz

Unserer Zeit von Vielen gesprochen und von Wenigen verstanden worden, gehören zu den Losungsworten, von welchen man, gleichwie von ähnlichen, als da sind: Freiheit, Gleichheit, Legitimität u. dgl. mit Recht behauptet hat, daß sie besonders zur Zeit einer Krisis im öffentlichen Leben leicht große Verwirrung anrichten und der guten Sache oft mehr schaden, als nützen. Der Mensch fühlt dunkel das Bedürfniß einer Verbesserung seines Zustandes; da hört er nun ein solches Wort, und der Sinn, den es zu bezeichnen scheint, spricht ihn gerade für dieses Bedürfniß an. Was kann erwünschter seyn als Freiheit dem, der sich Anderer Willkühr unterworfen zu seyn dünkt? was erwünschter als Öffentlichkeit, wenn er, es sey mit Grund oder Ungrund, von Mißtrauen gegen die Gesinnungen und Handlungsweise Anderer eingenommen ist? als Mündlichkeit, wenn er sich unter Akten und Prozeßschriften vielleicht gerade der Prozesse größtes Übel denkt? — Ohne Rücksicht auf

---

der Darstellung, wie an Tiefe der Forschung und gründlicher Behandlung des Gegenstandes wohl das erste in dieser Materie zu nennen ist. Ohne Zweifel wird dasselbe bereits in den Händen eines jeden seyn, der sich über Ob und Wie der Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Rechtsverfahrens geschichtlich und rechtsphilosophisch vollständig unterrichten, den Gegenstand bis in sein innerstes Wesen beschauen und die Gründe für und wider eben so lichtvoll als unparteiisch gewürdigt finden will. — Da das Wenige, was ich zu sagen wußte, mir gehört, so habe ich mich durch jene zufällig frühere Erscheinung nicht wollen abhalten lassen, darüber, übrigens ganz unverändert, zu verfügen für diejenigen, welche bei einem Streite von dieser Art eine Meinung mehr zu hören, gerade nicht für überflüssig halten.

den vielleicht nur in gewisser Beziehung richtigen Sinn eines solchen Ausdrucks nimmt ihn der Mensch nach seiner Weise und für sein Bedürfniß als Wort von hoher Bedeutung und in dem beliebig darein gelegten Sinn als eine apodiktische Wahrheit an; es überhebt ihn ja diese Deutung der Unbequemlichkeit des weitern Nachdenkens und des eigenen Urtheils; er verkündigt nun auch die neue Wahrheit in seinem Kreise, und diese findet bei seines Gleichen, auf jeden Fall wenigstens bei der Menge, als Evangelium eiferige Anhänger. Das könnte man nun wohl zwar hingehen lassen, weil eine nähere Befragung bald ergiebt, daß der Mann, der hier als Apostel aufgetreten, das Ding sich ganz anders vorgestellt und eigentlich mit einer hohlen Wortform sich unterhalten hat. Allein das, was das Heer der unberufenen Sprecher, deren es ja in allen Ständen giebt, von sich kommen läßt, gilt leider öfters für die Stimme des Volks, und zwar mehr als die Meinung der wenigen Verständigen und der competenten Urtheiler *), welche als Finsterlinge und Feinde liberaler

*) Der Verfasser dieses Aufsatzes ist weit entfernt, das Recht in dieser Sache zu urtheilen, als ein Vorrecht der Juristenkaste zu vindiciren. Er räumt sogar ein, daß Männer von Metier nicht eben immer die unbefangensten Richter sind. Er will nur auch seines Orts ruhige Prüfung und, wo möglich gegenseitige Verständigung unter Verständigen empfehlen. Und so, noch mehr aber nach seinen hier bekannten Grundsätzen hofft er denn auch nicht zu den "alten Juristen und Vertheidigern der heimlichen Gerichte" gezählt zu werden, von welchen ein öffentliches Blatt zu Ende des Windemonats 1821 gesagt hat, daß man sie, wie Hr. von Feuerbach in der vorhin bemerkten Schrift gethan, "in ihren fin-

Ideen verketzert werden, sey es auch nur darum, weil sie die nämliche Freiheit in Anspruch nehmen, kraft deren sich jene für befugt zur Stimmgebung halten. Daher jene zum Theil abentheuerlichen Vorstellungen von dieser Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Gerichtsverfahrens, die selbst unter den Bekennern derselben als eine Art von Schibboleth gelten kann, woran man den bloßen Dilettanten von dem gründlichen Kenner unterscheidet. Wie oft haben wir nicht in dem letzten Lustrum gehört und gelesen: "Die Öffentlichkeit ist das "Palladium der Rechtsfreiheit; ein ursprünglich deutsches, durch die Tyrannei und die despotischen Kunstgriffe der letzten Jahrhunderte dem Volke entfremdetes Institut, müssen wir solches von französischem Boden (gleichsam wie die wiedereroberten Kunstschätze!) zurückholen; damit wird dem Unwesen, den Gräueln einer heimlichen Justiz, worunter Deutschland seufzt, ein Ziel gesteckt werden," und was dergleichen schwindelnde Vorstellungen, in welchen Wahres und Falsches verworren durcheinander liegt, mehr sind, womit man die Öffentlichkeit auf Kosten der bestehenden Justiz bis

---

stern Löchern aufsuchen müsse." Auch ist er weder ein "geheimer Justizrath" (denn auch die Todten läßt unser Parteigeist nicht ruhen!) noch sonst etwas Geheimes, sondern ein schlichter Unterrichter, der zwar zur Zeit noch in Geheim, wie man sagt, oder nicht öffentlich richtet, und als Einzelrichter auf seinem Posten steht, seinem Richteramte jedoch weder vor jenen, die man wieder an einem andern Orte, mit "wohlgezogenen Engländerinnen" verglichen hat, etwas vergeben, noch weniger mit einem "ungeschlachten Kadi von Rumelien oder Marocco" sich vergleichen lassen möchte.

in den Himmel erhob, und neuerer Zeit sogar der ständische Deputirte eines Landes, doch selbst ein Jurist, den Abstrich der für den nothwendigen Bau eines Criminalgefängnisses im Budget aufgeführten Summe in Antrag brachte, weil bei der baldigen Einführung der öffentlichen Rechtspflege die Zahl der Gefangenen sich von selbst mindern, und ein neues Criminalgefängniß also überflüssig seyn würde!

Man hätte sich wohl vor allen fragen sollen: was man denn eigentlich unter einem öffentlichen und mündlichen Verfahren der Gerichte verstehe? Was unsere Altvordern darunter verstanden? Welche Ähnlichkeit die altgermanische mit der englischen und französischen Gerichtsöffentlichkeit habe? Ob auch wirklich der den Deutschen gemachte Vorwurf einer geheimen Justiz gerecht sey? Worin bei der Rechtspflege das Charakteristische des Öffentlichen und Geheimen liege? Ob die altdeutsche Ordnung des Verfahrens noch auf unsere jetzige, an Verfassung, Gesetzen, Sitten und Lebensart von jener alten Zeit so verschiedene neue Zeit passe? Man hätte sich fragen sollen: worin eigentlich das Wesen der Mündlichkeit bestehe? was sie als wohlthätig vor dem schriftlichen Verfahren auszeichne? — Ferner: unter welchen Umständen sich das französische Verfahren hauptsächlich ausgebildet, und ob bei uns die nämlichen Umstände zu erwarten oder auch nur zu wünschen seyen? Wie sich überhaupt deutscher Charakter und deutsche Einrichtungen zu dem fremden oder doch wenigstens uns fremd gewordenen Institut vertrage? ob dieses sich in die übrigen bestehenden Einrichtungen, und unter welchen Modalitäten einschieben lasse? — — Hätte man sich vor allen Dingen diese Fragen (und es giebt deren noch so manche andere in Beziehung auf Sitten, Gewohn-

heiten, vornämlich Finanzverhältnisse) vorgelegt; hätte man sich endlich noch die Hauptfrage beantwortet: wie stehen der Engländer, der Franzose, der Deutsche und unter diesen der in Rücksicht auf Prozeßgesetzgebung ebenfalls selbstständige Preuße in Beziehung auf Gründlichkeit in der Rechtspflege, Leichtigkeit bei deren Erlangung und folglich auch Beschleunigung, endlich — wornach der Deutsche auch zu fragen sich nicht zu schämen hat — Wohlfeilheit gegen einander: so würde man manches anders, manches von jenen schwärmerischen Bildern ganz alltäglich und gewöhnlich gefunden und Mittel und Zweck ruhiger abgewogen haben. Man würde sich namentlich überzeugt haben, daß die neugallische Öffentlichkeit des Rechtsverfahrens so wenig die altgermanische sey, als unsere sogenannte altdeutsche Tracht rein altdeutsch; daß jenes vielmehr ein Gemenge von altgermanischen, altfranzösischen, römischen und canonischen Formen sey, so wie diese altdeutsche Tracht, wenn es hier erlaubt ist, die scherzhafte Bezeichnung des Hämmelburger Reisenden anzuwenden, eine burgundisch-spanisch-polnisch-jüdisch-krawatische Famulustracht. —

Das altdeutsche öffentliche und mündliche Verfahren forderte nicht nur öffentliche Verhandlung, sondern auch öffentliche Entscheidung. Nicht nur die Parteivorträge geschahen öffentlich und mündlich, sondern auch die Urtheiler (Schöppen) sprachen ihre Meinung mündlich einzeln und laut aus, und der Vorsitzende (Grav, Schultheiß) erkannte nach dem Resultate dieser Stimmgebung was Rechtens sey *). Demnach ist das französische öffentli-

*) Daß auch dieses und die Schöppenverfassung die eigentlich ursprüngliche Gerichtsöffentlichkeit der Deutschen nicht ist, sondern ebenfalls eine Geburt späterer Zei-

che Verfahren im altgermanischen Sinne nur rücksichtlich der Verhandlung öffentlich, rücksichtlich des Rechtsprechens aber geheim, weil die Richter in geheimer Sitzung berathschlagen, auch nur das Resultat dieser Berathung, der nach der Abstimmung sich ergebende Beschluß, öffentlich verkündigt wird. Ja es ist nicht einmal die ganze Verhandlung öffentlich, sondern nur ein Theil derselben, nämlich des Plaidiren in öffentlicher Audienz. Eben so ist nur ein Theil des Verfahrens mündlich, das übrige aber schriftlich.

Schon dieses muß manche hochfahrende Idee über die Vortrefflichkeit des französischen Prozesses, und was nach beliebig gebildeten Begriffen von der Öffentlichkeit und Mündlichkeit Mancher in demselben zu finden wähnt, um vieles herabstimmen. Wer uns vornämlich den französischen Prozeß als ein Muster in der Beschleunigung empfahl, und auch hier eine Glanzseite desselben gegen das deutsche Verfahren zu finden meinte, dem möchte man zum Lesen empfehlen, was ein hochgeachteter deutscher Rechtslehrer, ein Mann, der als Freund der liberalen Ideen in der Rechtspflege rühmlich bekannt ist, und dem selbst kein Franzose vorgefaßte Meinung gegen seine Institutionen zur Last legen wird, darüber sagt. "Betrachten wir, sagt er, dieses mündlich französische Verfahren in seiner Wirksamkeit im Leben und im Zusammenhange mit allen Bestandtheilen des Prozesses, so kann nicht übersehen werden, daß dies Verfahren nothwendig die Bestimmung nach Sitzungstagen, eine Vorladung der Parteien oder ihrer Anwälte hiezu, und das Ansetzen der Sache auf die Role voraussetzt, und verlangt, daß

---

ten, hat von Feuerbach in den allegirten Betrachtungen über die Öffentlichkeit ꝛc. 3 Hptst. S. 62. ff. gezeigt.

das nämliche Gericht, welches einmal in einer Sache versammelt war, auch mit den nämlichen Personen in allen spätern Sitzungen bleibe. Zieht man nun die Erfahrung der französischen Gerichtspraxis zu Rathe, so hört man a) daß es schon eine lange Zeit dauert, bis die Sache nur auf die Role kömmt, was aus der Häufung der Geschäfte und daraus, daß immer nur eine Sache verhandelt werden kann, daß aber eine Reihefolge nach der Zeit eintreten muß, sich erklärt; b) wenn auch der Tag angesetzt ist, so würde man mit Unrecht glauben, daß es jetzt schon zu einer definitiven Verhandlung käme. Auch hier giebt es Fristenverlängerungen und Vertagungen, deren Bewilligung nicht leicht verweigert wird. Der erste Tag ist aber gar nicht einmal gesetzlich zum Plaidiren bestimmt, sondern die Anwälte sollen nur ihre Anträge machen, worauf erst ein Tag zum Plaidiren angesetzt wird. Aber auch an diesem Tage kommt es nicht immer dazu; nicht selten wird der Anwalt des Beklagten, durch das Vorbringen des Klägers überrascht; er sucht Entschuldigungen, um nicht plaidiren zu dürfen, beruft sich darauf, daß er noch nicht von seiner Partei instruirt sey, und das Gericht verschiebt die Verhandlung mit Recht, weil eine Antwort, wenn er sie doch abgeben müßte, nur oberflächlich ausfallen würde. Plaidirt aber auch der Anwalt des Beklagten, so geschieht es sehr selten (au fond) in der Hauptsache selbst, sondern nur über einen Nebenpunkt, irgend eine dilatorische Einrede u. a., was um so nachtheiliger wirkt als c) die Eventualmaxime sich auf dies mündliche Verfahren nicht anwenden läßt, daher Jahre lang der Prozeß dauert, bis es nur zu einer Einlassung in der Hauptsache kömmt, (hört! hört!) indem über jeden Vorpunkt zuerst verhandelt und entschieden wird. d) Ein anderer Grund der Prozeßverzögerung

geht aber selbst aus der Person der Richter hervor; da der einmal bei der Sache gegenwärtige auch an allen künftigen Sitzungen Theil nehmen muß, so kann es nicht fehlen, daß oft die Sache nicht vorkommen kann, weil einer der Richter, der bei dem vorigen Vortrage saß, anders beschäftigt oder krank ist. e) Erwägt man auch, daß der erzählende mündliche Vortrag der schwierigste ist, so begreift man leicht die Erfahrung, daß gerade der faktische Theil des Vortrags, als der wichtigste, häufig bei dem Plaidiren der schwächste ist, was um so nachtheiliger wird, als f) die vorausgehenden Schriften von Anwalt zu Anwalt nicht zureichende Mittel der Fixirung des Faktums, sondern nur kurze Andeutungen sind, bei welchen es nur auf Vollständigkeit des Gesuchs ankömmt, und alles auf die künftige mündliche Verhandlung berechnet ist, so daß selbst die in den Vorverhandlungen gestellten Anträge und Conclusionen die Parteien nicht binden, sondern in der Folge geändert werden können *)."

Der gemeine deutsche, sowie der preußische Prozeß ist weder in Ansehung der Verhandlung noch in Ansehung des Akts des Urtheilens öffentlich, sondern geheim; aber geheim ohne die gehässige Neben-

*) Mittermaier, der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen. (Bonn 1820.) S. 104.

Man kann hier auch nachlesen: der preußische Prozeß ohne die ihm zum Vorwurf gemachten Mängel ꝛc. von einem preußischen Rechtsgelehrten. Jena 1819. 8. woselbst im Anhange vergleichungsweise zwei Prozesse, auf preußische und französische Art instruirt, vorkommen.

idee, die man nach der Vorstellung von heimlichen Gerichten, Fehmgerichten hin und wieder darin zu legen absichtlich sich bemüht hat, um sich mit der empfohlenen Öffentlichkeit populärer zu machen, und selbst bei der sogenannten gebildeten Welt, die ja jene grausenhafte Justiz von Grund aus — aus Ritter-Romanen kennt, Eingang zu verschaffen, deren Stimme, wie man wohl weiß, ein gar bedeutendes Gewicht hat. Man weiß ja überhaupt, daß das Geheime niemanden behagt, sey es auch daß er außer der bloßen Neugierde sonst weder ein erlaubtes noch unerlaubtes Interesse dabei hat. Auch wir haben keinen geheimen Prozeß, nur die Mittel für den Zweck der Öffentlichkeit haben sich gemindert. So wie in Beziehung auf die Aufbewahrung des Verhandelten im Andenken an die Stelle des bei unsern Vorfahren üblichen lebendigen Zeugnisses und einer mündlichen Überlieferung durch die Zuhörer, bei uns das Mittel der Schrift besonders der Protokolle getreten ist; so trat in Beziehung auf die Kundbarkeit an die Stelle der altdeutschen Öffentlichkeit der Rede die Öffentlichkeit der Schrift. Die Verhandlungen werden durch das Mittel der Schriftsprache mitgetheilt und liegen gesammelt als Akten jedem, dem es zu wissen vonnöthen und gebühret, offen da. An die Stelle der öffentlichen Abstimmung der Richter tritt die Mittheilung der Entscheidungsgründe an die Parteien, und, wenn es diese für gut finden, durch sie an das ganze Publikum. Wiefern alles dieses dem Zwecke der Öffentlichkeit und Mündlichkeit entspricht, davon wird in der Folge die Rede seyn; denn was ich in dieser Betrachtung sage, gilt eigentlich nur der Art, wie so viele unberufen sich zu Vertheidigern einer guten Sache aufgeworfen haben.

Die eigentlich deutsche Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens ist uns, wir sind ihr fremd geworden, und man könnte diejenigen, die in deren Wiederkehr ihre Glückseligkeit finden, den biblischen Spruch vorhalten: es sey denn, daß ihr euch umkehret und werdet wie die Kinder, so werdet ihr nicht in dieses Himmelreich kommen. Vernünftig betrachtet würden wir auch, — abgesehen von veränderten Staatsverfassungen und von politischen Beziehungen, die von jener alten deutschen Volksthümlichkeit fast himmelweit unterschieden sind — jene altdeutsche Einrichtung der Gerichte mit allen ihren Attributen nur dann wieder aufleben lassen können, wenn wir die einfachen alten Sitten, die Lebensart und die dem Kindesalter der Nation angemessene Gesetzverfassung wieder einheimisch machen könnten. Auch würden wir wohl von selbst und ohne besondere gesetzliche Verpflichtung mehr mündlich verhandeln als schriftlich, mehr reden als schreiben, wenn uns das Schreiben so schwer ankäme, wie den Richtern im Mittelalter. — Seitdem aber unsere Sitten sich verfeinert, unser Verkehr sich mehr complicirt hat, seitdem die Selbsthülfe und Privatgewalt, die allein schon vormals eine Menge Prozesse abschnitt, der Ordnung der Gerichte hat weichen müssen, seitdem unsere Gesetze Gegenstand eines eigenen langen Studiums, ihre Anwendung eine mühsam zu erlernende Kunst geworden, überhaupt die menschliche Cultur auf einen ungleich höhern Grad gestiegen ist, — seit dieser Zeit lassen sich die Rechtshändel eben so wenig mehr nach der alten Einfachheit schlichten, als sich für das kaufmännische Verkehr statt der Buchführung das Kerbholz einführen läßt. — Dieß für diejenigen, welche ohne eigentlich recht zu wissen, was sie wollen, die Öffentlichkeit und Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens als

ein

ein altdeutsches Institut reclamiren, und sich dabei wohl einbilden, daß man nur das Rechtsverfahren aus der guten alten Schöppenzeit wieder einführen dürfe, um eine bessere Justiz zu erhalten. Ich halte mich hier so wenig bei den sanguinischen Hoffnungen und Wünschen dieser, als bei der Berichtigung der rohsinnlichen Vorstellung derjenigen auf, welche *) in geöffneten Thüren, in dem Zuströmen der schaulustigen Menge, die in der Einrichtung ein zeitvertreibendes Spektakel erblickt, das sie so lange besucht, bis der Reitz der Neuheit vergangen ist u. s. w. das Wesen der Sache suchen. Daß die Öffentlichkeit nicht darin bestehe, darüber hat man sich so ziemlich verstanden.

Wenn wir öffentlich nennen, was vor jedermann ist oder geschieht, im Gegensatze von dem Geheimen und Verborgenen, so kann in der Anwendung auf die Rechtspflege diese ohne Öffentlichkeit gar nicht gedacht werden. Richter und Parteien stehen rücksichtlich dessen, was Gegenstand der Rechtspflege ist, in Wechselwirkung gegen einander. Jenen darf kein Geheimniß seyn, was bei diesen, den Parteien, Anlaß zu der Irrung gegeben hat, und dessen eigentliches Verhältniß, und den Parteien kann es weder gleichgültig seyn, wie der Richter darüber zu urtheilen veranlaßt worden, noch darf es

*) Gleichsam, als käme es, wie Hr. von Feuerbach S. 16. sagt, auf weiter nichts an, als nur die Thüren der Gerichtssäle zu öffnen, um die Gerechtigkeit bloß dadurch, daß man sie in ihrem Jammerstande zur allgemeinen Betrachtung ausstellt, von allen ihren Uebeln, Leiden und Gebrechen auf einmal zu befreien.

vor ihnen Geheimniß seyn, wie er nach der Beschaffenheit der Thatsachen ein Rechtsverhältniß wirklich begründet habe. Es ist daher in der cultivirten Welt wohl kein Winkel, wo die Justiz gegen diese Ansicht im Verborgenen geübt würde, wo die Richter blindlings und nach Willkühr festsetzten, was in Beziehung auf Mein und Dein unter den Interessenten als Recht gelten solle, ohne diese ordentlich zu hören, oder ihnen den Ausspruch gehörig kund zu thun; am wenigsten ist dergleichen in den Landen der deutschen Zunge erhört. Die Parteien müssen ordentlich gehört werden; ein gegen einen gar nicht oder nicht genüglich Gehörten erlassenes Erkenntniß bezeichnet eine übereinstimmende Praxis mit dem Stempel der Nichtigkeit. Das Vorbringen der Partein, überhaupt was Stoff der Entscheidung werden soll, muß in den Akten enthalten seyn, und daß das juristische Sprüchwort: quidquid non est in actis non est in mundo, nicht bedeutungslos ist, ist eben so allbekannt und durch tägliche Übung bestätigt, als daß ein nicht gehörig publicirtes Urtheil nicht in Rechtskraft übergeht. Auch die Mittheilung der Entscheidungsgründe ist nunmehr fast überall verfassungsmäßig. Es ist also eben so ungereimt, als eine Beleidigung an ihrem eigenen Vaterlande, wenn Deutsche von einer heimlichen Justiz, geheimen Gerichten ꝛc. in Deutschland reden.

Allein daß für die Öffentlichkeit des Rechtsverfahrens mehr geschehen kann, als dieses, und daß ihre durch die Schrift bisher verdrängte schwesterliche Gefährtin, die Mündlichkeit, mit Grund auf Wiedereinräumung ihrer ehemaligen Rechte Anspruch macht, das ist eben so a priori, als a posteriori ausgemacht, und so zeigen sich uns denn verschiedene Beziehungen und Grade der Öffentlichkeit des Verfahrens.

PARSONS LIBRARY
University of
MICHIGAN

Die Rechtspflege kann nämlich mehr oder weniger öffentlich seyn zuvörderst in Ansehung der Personen, die den Gegensatz vom Richter ausmachen, und dann in Ansehung der Art und Weise, wie sie sich kund giebt, oder der Form. Die Öffentlichkeit in Beziehung auf die Personen kann Statt finden,

A) in Ansehung des ganzen Publikums, so daß jeder im Volke aus unmittelbarer Wahrnehmung wissen kann, was in der Sache Cajus wider Titius verhandelt und entschieden worden ist. Wir können diese die absolute Öffentlichkeit in persönlicher Beziehung nennen. Diese Art der Öffentlichkeit beruht nicht sowohl auf juristischen, als auf politischen Gründen, nach welchen es für zweckmäßig befunden wird, die Kenntniß von der Rechtspflege nicht bloß überhaupt, sondern auch in dem concreten Falle zum Gemeingute des ganzen Volkes zu machen, sofern es, was freilich immer vorausgesetzt werden muß, sich selbige verschaffen will.

Es kann aber auch eine Öffentlichkeit Statt finden

B) mit Beschränkung auf die Betheiligten — die relative oder restriktive Öffentlichkeit. Hier kann man sich aber die Betheiligten

a) im weitesten Sinne des Worts denken, wo auch das ganze Publikum darunter begriffen ist. Diese Öffentlichkeit tritt nur im Strafverfahren nothwendig ein, und ist ausserdem juristisch und politisch nicht wesentlich, wie in der Folge gezeigt werden wird. Denkt man sich dagegen

b) die Betheiligten im gewöhnlichen Sinne, wo man darunter nur die unmittelbaren *) Interessenten

*) Hieher gehören auch die in einem besondern Sinne des

begreift, so haben wir die eigentlich relative Gerichtsöffentlichkeit. Wir nennen diese Betheiligten Parteien, und sie bilden einen Gegensatz gegen das Publikum, welcher allerdings von Bedeutung ist, sofern als den Parteien daran gelegen seyn kann, das Publikum, welches in Beziehung auf den concreten Fall, der zunächst nur sie und sonst niemanden angeht, ohnehin nur entfernt mittelbar betheiligt seyn kann, von der Kenntniß des Falles auszuschließen.

Wenn oben von einer Eintheilung der Öffentlichkeit bezüglich auf die Form die Rede war, so zeigen sich uns nur in Rücksicht auf die Betheiligten ad B b zwei verschiedene Formen des öffentlichen Verfahrens. Denn da, wo das Publikum der Öffentlichkeit theilhaftig werden soll, giebt es nur eine Form, indem diejenige, die ich nun mit dem Namen der relativ negativen bezeichnen werde, auf das ganze Volk unanwendbar ist. — Diese zwei Formen bestehen nun darin:

1) Das Verfahren ist öffentlich, sofern als den Betheiligten aus dem, was verhandelt und entschieden worden, bloß kein Geheimniß gemacht wird. Diese Öffentlichkeit ist nur negativer Art; denn nicht daß sie die Kenntniß der Vorgänge beförderte, sie hindert sie nur nicht. Ich nenne sie der kürzern Bezeichnung wegen die relativ-negative

---

Worts mittelbar Betheiligten, oder diejenigen, die zwar nicht zu den Principalstreitenden gerechnet werden, aber doch von dem Ausgange der Sache irgend Vortheil oder Schaden direkter Weise haben z. B. die Auctores, gegen welche ein Regreß Statt findet.

Öffentlichkeit. Nur von dieser kann es gelten, wenn vorhin behauptet worden, daß in Deutschland, so wie in der ganzen cultivirten Welt keine geheime Justiz Statt finde. Indessen dient es doch zur Überzeugung, wie grundlos in jenem Sinne wenigstens, (und auch dieser ist doch nicht wider die Vernunft!) die Beschuldigung der deutschen Rechtspflege als einer geheimen ist, und daß man von "heimlichen Gerichten" in dem deutschen Vaterlande und von "alten Juristen, die in dumpfen und finstern Löchern aufgesucht werden müßten" (warum nicht gar gleich Basilisken und Drachen mit der Zange hervorgezogen!) zwar gewissen Zeitungslesern etwas vorfabeln kann, nicht aber Sachkennern und solchen, welche unsere Gerichtshöfe nicht bloß aus mährchenhaften Erzählungen kennen. Wenn diese, freilich beschränkte, Art der Öffentlichkeit bisher für genügend angenommen wurde, und besonders jene alten Juristen als Vertheidiger derselben auftreten; so lag der Grund wohl weniger in träger Gewohnheit und in einem Vorurtheile für das Alte, oder wohl gar in einer absichtlichen Verkennung des Bessern, sondern vielmehr in einer gewissen Scheu vor dem Überrheinischen, woher uns eben nicht immer Gutes gekommen *) auch in einer

*) Selbst der Unglaube hat Manchem verdient Entschuldigung. Daß gerade aus den Gegenden, sagt von Feuerbach in den Betrachtungen über die Öffentlichkeit ꝛc. S. 22. aus welchen einige und zwanzig Jahre lang nur fremde Marschälle mit Gefolge nach Deutschland zogen, die Stimmen für die Nothwendigkeit unsere deutsche Gerichtsverfassung umzukehren, am ersten und lautesten ertönten, und daß sich mit der von dieser Seite empfohlenen Umwandelung unseres nicht öffentlichen schriftlichen Verfahrens in das öffentlich mündli-

achtungswürdigen Bedenklichkeit gegen übereilte Reformen, besonders da, wo der Gewinn vielleicht nur in dem Eintausch eines Unvollkommenen gegen Unvollkommenes bestehen könnte.

2) Die zweite Art der relativen Öffentlichkeit ist mehr positiver Natur. Sie giebt den Betheiligten, ohne daß selbige erst eine vielleicht mühsame, vielleicht sogar nach dem Maße ihrer Fähigkeiten ihnen unmögliche Erkundigung nach den Eigenheiten der Behandlung des Rechtsfalles anstellen müssen, gleichsam von Amtswegen Kenntniß davon.

Bei jener Öffentlichkeit (ad 1.) wird das Geschäft der Rechtspflege gleich andern Geschäften der Staatsverwaltung, wobei Privatpersonen unmittelbar betheiligt sind, behandelt, also zwar nicht vor den Augen des ganzen Publikums, aber doch unter Zuziehung der Betheiligten, welchen verstattet ist, von dem, was verhandelt wird, Kenntniß zu nehmen, wenn sie wollen. Modalitäten, die auf besondere Beseitigung eines Verdachts abzielen, werden um so weniger für nothwendig

---

che die stille Zumuthung verband, das ganze französische Verfahren, selbst mit allem was ihm anhängt, freundwilligst bei uns aufzunehmen: dieses mußte wohl manchen Deutschen leicht an das timeo Danaos et dona ferentes erinnern, und überdieß einen jeden, der bei dem öffentlich-mündlichen Verfahren noch an vieles andere, als nur an das französische Wesen zu denken gewohnt, oder gar zu der Überzeugung gekommen war, daß die französische Justiz blos mittelst einer der kühnsten rednerischen Figuren sich des Beinamens: öffentlich, bediene — nur wie die Anmaßung einer in sich selbst verliebten Einseitigkeit beleidigen.

gehalten, als nach dem objectiven und subjectiven Verwaltungs-Organismus dergleichen Verdacht selbst vorweg für unbillig, auch für unwürdig und darum für vertrauenstörend angenommen wird. Das Prinzip ist also hier das Vertrauen auf die Pflichtmäßigkeit der Verwaltenden, nebenher auf die Einsichten derer, die mit ihnen verhandeln. Nach dieser Ansicht werden alle Administrativ-Gegenstände, wobei Privatpersonen betheiligt sind, behandelt; eben so die Geschäfte der sogenannten nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, das Vormundschafts, das Hypothekenwesen ꝛc. Denn was namentlich bei dem letztern von einem Prinzip der Publicität vorkommt, hat eine ganz andere Tendenz, als die Öffentlichkeit, die bei dem Rechtsverfahren zur Sprache kommt, oder wenigstens nur diejenige, von der hier unter dem Namen der relativ negativen die Rede ist, und die sich in der Formel ausspricht: wer dem Glauben des Hypothekenbuchs folgt, geht nicht irre.

Anders verhält es sich mit der relativ positiven Öffentlichkeit (ad 2.), welche in ihrem Organismus auf Glauben aus Schauen, auf Fürwahrhalten aus Bewußtseyn der Gewißheit, also überhaupt darauf berechnet ist, die Rechtsuchenden in den Stand zu setzen, daß sie die Gewährschaft ihrer Rechte nicht von der Gunst der Geistes- und Willens-Vollkommenheit anderer Menschen, also von zufälligen Eigenschaften annehmen müssen. Sie lehret gleichsam praktisch, daß es kein Verbrechen der beleidigten Amtswürde sey, bescheiden zu zweifeln, wohl aber ein Verbrechen des beleidigten gesunden Menschenverstandes, nicht zweifeln zu dürfen an dem, was kein Auge gesehen, kein Ohr gehöret hat, bloß weil es ein verpflichteter Mann sagt, vielmehr die sich etwa doch im Innern dagegen erheben-

den Zweifel im frommen Glauben unterdrücken zu sollen. Darum sollen im Geiste dieser Öffentlichkeit Richter und Parteien so gegen einander gestellt werden, daß nichts als eine ganz gewöhnliche Aufmerksamkeit, nur gewöhnliche Fähigkeiten, gleichsam nur Augen und Ohren dazu gehören, um sich von der Ordnungsmäßigkeit der Behandlung zu überzeugen; zugleich soll aber auch selbst jeder Versuch von Seiten der verwaltenden Organe, den Betheiligten die vollständigste Kenntniß aller Vorgänge irgend zu verkümmern, an dieser Verfassung zu nichte werden.

Die negative Öffentlichkeit öffnet also gleichsam die Thüren zum Innern der Rechtsverwaltung nur auf Verlangen; die positive läßt sie offen stehen. Jene hindert nicht zu sehen, und was Folge davon ist, die Überzeugung; diese befördert sie durch Annahme einer Stellung, daß man nothwendig sehen muß, wenn man die Augen nicht zudrückt oder blind ist.

Es bedarf wohl keiner mühsamen Untersuchung, welche von beiden, die negative oder die positive Öffentlichkeit, dem Zwecke der Rechtspflege am meisten entspricht; man wird sich vielmehr ungleich mehr von der letztern angezogen finden, also auch für deren Einführung stimmen, vorausgesetzt, daß es Modalitäten giebt, derselben theilhaft zu werden, ohne Besorgnissen sich auszusetzen, aus welchen wir im menschlichen Leben so oft Anstand nehmen müssen, das anscheinend Vollkommenere gegen das Unvollkommenere einzutauschen, weil jenes nur unter Bedingungen als das Vollkommenere erscheint, deren Eintreffen nicht immer von unserer Willkühr abhängt. Glücklicherweise ist dieses aber hier der Fall nicht, und wir können also das Bessere unbedenklich und mit der beruhigenden Überzeugung uns zueignen, daß selbst eine oder

die andere Unbequemlichkeit bei der Einführung des öffentlichen Verfahrens, wenn sich dergleichen, wie bei allen Reformen ergeben sollte, vor der Betrachtung seiner Vortheile verschwindet. Nur müssen wir unsere Berechnungen nicht zu hoch anlegen, nicht gleich nach Extremen haschen, sondern uns mit derjenigen Öffentlichkeit begnügen, die das Gewohnte nicht von Grund aus umkehrt, also mit der relativ positiven, und diejenige Mündlichkeit einführen, welche dem Zweck einer gründlichen Darlegung der Thatsachen entspricht.

Fragen wir nach dem Wesen derjenigen Art der Öffentlichkeit, die sich bloß auf die Befriedigung der juridischen Anforderungen an eine zweckmäßige Rechtspflege beschränkt, so spricht sich dieselbe überhaupt in dem Wesen der Rechtspflege selbst, also darin aus:

daß die höchstmögliche Überzeugung bewirkt werde von der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalles.

Soll es dem Richter möglich gemacht werden, (was der Endzweck alles Prozeßführens ist,) mittelst Anwendung des Gesetzes auf ein streitiges Rechtsverhältniß dasselbe unstreitig zu machen oder mit andern Worten gesetzmäßig zu entscheiden; so ist

eine vollständige Darlegung der faktischen Verhältnisse des Streits, mithin hinlängliches rechtliches Gehör der Parteien erforderlich.

Dieses Erforderniß stellt sich uns in einer doppelten Beziehung dar:

α) in Beziehung auf das, was eine Partei, ohne Rücksicht auf das etwaige Vorbringen der Gegenpartei vorzubringen hat; — man könnte dieß Klage im weitesten Sinne des Wortes nennen; —

β) was sie mit Rücksicht auf das gegentheilige Vorbringen vertheidigungsweise anzubringen hat — Antwort im weitesten Sinne —

Es muß aber auch zur Kenntniß der Partei gebracht werden, was nothwendig Bedingung des Aufhörens des Streits ist, nämlich

daß und wie der Richter wirklich gesetzmäßig entschieden.

Hierbei kommt alles darauf an, ob und wie der Richter das unter das Gesetz zu subsumirende Faktum aufgefaßt, und daß er nach der richtigen Auffassung wirklich entschieden, auch seine Entscheidung den Betheiligten eröffnet habe.

Demnach fordern wir von einer zweckmäßigen Rechtspflege, oder von der Gesetzmäßigkeit des Prozeßverfahrens von der Klage an bis zur Entscheidung, einmal Vollständigkeit des Vorbringens; wir halten sie für bedingt durch Mündlichkeit; dann Wechselseitigkeit des Vorbringens oder des Verkehrs von Partei zu Partei vor Gericht; endlich Wechselseitigkeit des Verkehrs zwischen Parteien und Richter. Letztere beide sind bedingt, was die Möglichkeit der Wechselwirkung anlangt, durch Öffentlichkeit, was die Zuverlässigkeit und Vollständigkeit derselben betrifft, durch Mündlichkeit.

Sind dieß und keine andere die juridisch denkbaren Erfordernisse der Rechtspflege, oder der Möglichkeit einer gesetzmäßigen Entscheidung, so ist auch durch die auf die Parteien beschränkte Öffentlichkeit dem Zwecke vollkommen genügt.

Ein Organismus der Rechtsverwaltung, der auf Verbesserung der Justizpflege überhaupt, auf Erhöhung des moralischen Werths der Richter und darauf berechnet ist, die Justiz in einer höhern Würde und Feiergestalt erscheinen zu lassen, dergleichen die absolute (oder

auch volksthümliche) Gerichtsöffentlichkeit bezweckt, ein solcher Organismus kann immerhin politisch betrachtet räthlich erscheinen; und wohl dem Staate, wo er besteht, und durch die Erfahrung für seinen Zweck sich bewährt, was freilich immer die Hauptsache ist, da bekanntlich nicht alles, was in der Idee oder von der Ferne betrachtet, sich schön und herrlich darstellt, auch in der Wirklichkeit und in der Nähe beschaut, sich als solches erprobt. Aber was die juridische Seite betrifft, so ist ein dergleichen Organismus weder nothwendig noch auch nur befriedigend, weil er für sich allein nicht die Überzeugung gewährt, daß gerade in dem gegebenen Falle die Richter ihre Schuldigkeit gethan haben. Alles kommt daher darauf an, wie man sich in concreto zu überzeugen Gelegenheit gehabt habe, daß Gerechtigkeit gehandhabt worden. So wenig der Umstand, daß in mehrern einzelnen Fällen nach den Forderungen des Rechts verfahren und entschieden worden, die Folgerung rechtfertigt, daß die Parteien in ihrem besondern Falle nun glauben müssen, daß, wenn gleich immer von den nämlichen Richtern, auch ihnen gehörig Justiz verwaltet worden; sowenig ferner bei der relativ negativen Öffentlichkeit das Beispiel von rechtschaffenen Richtern, die auch im Verborgenen (wenn man so sagen will) das Recht nicht beugen, als genügend angenommen wird: so wenig genügt die absolute Öffentlichkeit an sich zur Beschwichtigung der Zweifel der Betheiligten, wenn aller Welt, nur nicht ihnen die Überzeugung von der Gesetzmäßigkeit der Behandlung ihrer Sache geworden ist. Ist aber ihnen diese Überzeugung geworden, so ist in rechtlicher Rücksicht alles geschehen, was vernünftiger Weise gefordert werden kann, weil es nur ihrer Sache gilt. Von den Zweifeln gegen die Zulänglichkeit dieser Parteikenntniß auch in rechtlicher Hinsicht wird in der Folge

die Rede seyn. — Mag daher, wie gedacht, die absolute Öffentlichkeit aus politischen Gründen räthlich seyn; das juridisch charakteristische Merkmal ist und bleibt die Möglichkeit der Kenntnißnahme von Seiten der Parteien, ihr Wesen drückt sich also in der relativen vollkommen aus.

Daß der vorliegende Rechtsfall gesetzmäßig, mithin nach den Forderungen der Gerechtigkeit entschieden werde, deßfalls kommt also alles auf folgende Momente an:

I) auf Vollständigkeit des Gehörs; denn darauf beruht die Möglichkeit, alles zur Kenntniß des Richters zu bringen, was auf die rechtliche Beurtheilung der Sache Einfluß hat, und sie begegnet der Mangelhaftigkeit der Kenntniß einzelner Umstände in dem thatsächlichen Verhältnisse, deren einer vielleicht von dem wesentlichsten Einflusse seyn kann.

II) auf Wechselseitigkeit zwischen Partei und Partei, wodurch allein ein subsumtionsmäßiges Faktum, als Produkt des gegenseitigen Gehörs zu erzielen ist; ohne diese Wechselseitigkeit wäre gar keine Vertheidigung möglich und die vollständigste Darlegung von der einen Seite allein wäre zwecklos.

III) auf Wechselseitigkeit zwischen Parteien und Richter, welche allein die Gewährschaft leistet, daß beide, Parteien und Richter, sich gehörig verstanden, und daß kein rechtsheterogenes Motiv in die Entscheidung eingeflossen sey; auch können die Parteien nur so zur Überzeugung gelangen, daß und wie der Richter entschieden, und warum er so und nicht anders entschieden habe.

Vollständigkeit des Gehörs und Wechselseitigkeit desselben sind also die beiden Hauptpfeiler,

worauf die Rechtspflege ruht. Davon ist jene bedingt durch Mündlichkeit, diese durch Öffentlichkeit des Gedankenausdrucks. Denn soll ein vollständiges rechtliches Gehör möglich seyn, so muß der Richter die Parteien selbst und unmittelbar, daher persönlich hören; und soll ein wechselseitiges vollständiges Gehör möglich seyn, so muß erstens der Gegentheil überzeugt seyn können, daß ihm von dem Vorbringen seines Gegners nichts entgehe, ihm also auch nicht die Vertheidigung deßfalls unmöglich gemacht werde; es muß aber auch zweitens die eine Partei wie die andere überzeugt seyn können, daß der Richter sie, sie den Richter verstanden habe. Es darf also keine Partei besorgen müssen, daß Verhältnisse, bloß auf einseitiges Anbringen hin, als Motiv der Entscheidung angenommen werden möchten, rücksichtlich deren sie noch nicht gehört ist, sich noch nicht hat vertheidigen können. Es sollen aber auch beide Theile versichert seyn dürfen, daß ihr Verkehr mit dem Richter dem Zwecke entspreche, weßhalb sie denselben angegangen. Und so fordert denn die Überzeugung von der Möglichkeit sowohl eines gesetzmäßigen Verfahrens als einer gesetzmäßigen Entscheidung Öffentlichkeit. Denn es ist von dem höchsten Interesse für die streitenden Theile, vollständig zu wissen, nicht nur daß sich der Richter in dem Stande befunden, das streitige Sachverhältniß rein und unentstellt zu vernehmen, oder daß es ihm möglich gewesen, recht zu entscheiden, sondern auch auf welche formal richtige oder unrichtige Act er wirklich entschieden habe, also wenn von einem Collegium von Richtern das Erkenntniß gefällt worden, ob alle Erfordernisse beobachtet seyen, die bei einem rechtsbeständigen Collegialschluß vorausgesetzt werden müssen.

Aber, wird man nothwendig bei dieser Schilderung fragen: wenn das die vollkommene Rechtspflege ist, was hatten denn wir bisher, die wir jetzt erst damit umgehen, uns jener theilhaftig zu machen? Wir werden darauf antworten: wir hatten beide, Öffentlichkeit und Mündlichkeit, nur in einer etwas andern Gestalt. Wir müssen dieß nothwendig annehmen, weil wir sonst entweder diese Eigenschaften für unwesentlich ansehen, oder, was eben sowenig Grund hätte, von unserer Justiz behaupten müßten, daß sie nur in dem Wahn eines gutmüthigen, dabei aber unwissenden Volks als solche gegolten habe, in der Wirklichkeit aber die größte Unjustiz sey, von der alles dasjenige gelte, was gleichwohl im Eingange dieses Aufsatzes als Erdichtung und pure Verunglimpfung ausgegeben worden. Wir hatten wirklich Öffentlichkeit und Mündlichkeit in ihrer Art. Man nahm nämlich für öffentlich an, was so verhandelt wurde, daß es den Parteien kein Geheimniß seyn konnte, wenn sie sich darnach erkundigen wollten; und man hielt auch das für mündlich, was, wenn auch nicht unmittelbar vom Munde zum Ohre, doch vom Munde durch die Feder zu dem Ohre der richterlichen Behörde gelangte, sofern es nur von einer Gerichtsperson gehört und von dieser zum Protokoll genommen worden war; daher auch protokollarisches und mündliches Verfahren für synonym genommen wurde. Freilich war sonach das Verfahren, soweit es nicht protokollarisch erfolgte, doch nicht mündlich; aber für den Zweck der Mittheilung der Gedanken nahm man die Schrift, wenn nur in Ansehung ihrer äussern Authenticität kein Mangel obwaltete, sie von der Partei oder dem legitimirten Anwalt unterschrieben war, mit dem protokollarisch mündlichen Verfahren für gleichwirksam und zuverlässig an. — Dieß hatten wir bisher; aber wir wollen mehr

weil man uns sagt, daß wir mehr haben können, und weil wir uns auch allmählig überzeugen, daß dieß wirklich so ist. Es thut übrigens hier nichts zur Sache, daß ein großer Theil von denjenigen, die in unsern Tagen nach Öffentlichkeit und Mündlichkeit schreien, eigentlich nicht recht weiß, was es damit für eine Bewandtniß hat. Sobald, wie hier, sich einmal viele geachtete Stimmen für das erklären, was jene in einem dunkeln Gefühle für das Rechte erkennen, oder wenigstens darnach greifen, handelt es sich nicht mehr um einen Gegenstand des blinden Wollens, wie öfters bei Kindern, denen man durch den Sinn fährt; die Regierungen müssen mit Klugheit darauf achten, und dergleichen Wünsche wenigstens nicht mit vornehmer Gleichgültigkeit zurückweisen, sondern sie prüfen, und wenn auch die Zunge in der Wage zweifelhaft seyn sollte, lieber dem, was zur Lieblingssache geworden ist, einen freundlichen Blick zuwerfen, als zur Unzeit strenge auf gewissen Ansichten beharren, wohl erwägend, daß alles Alte auch einmal neu war.

Ich gehe nun zur nähern Erörterung der vorhin angegebenen Erfordernisse der Öffentlichkeit und Mündlichkeit, und zwar zuerst zur Forderung der Vollständigkeit des Vorbringens der Parteien.

I. Da es der Partei möglich gemacht werden muß, ihre Sache dem Richter vollständig vorzutragen, so muß dieser gegen sie in ein Verhältniß treten, welches der vollständigen Gedankenmittheilung nach der Erfahrung am meisten förderlich ist, d. h. er muß sie unmittelbar hören, und da die Pflichten des Richteramtes eben dieselben sind, es mag selbiges von einem Individuum oder von einer juristischen Person, einem Richtercollegium

verwaltet werden, so darf auch hier das Verhältniß der Mittheilung nicht anders seyn, als dort, wo das Richteramt bloß auf einer Person beruht.

Auf dieser einfachen Forderung, und wiefern sie in der bisherigen Art des Verfahrens schon ihre Befriedigung findet, oder nicht, beruht der ganze Streit zwischen denen, welche behaupten, wir hätten in Deutschland nach den bestehenden Ordnungen des Verfahrens schon alles was wir brauchen, um uns der Möglichkeit eines zweckmäßigen Rechtsschutzes zu erfreuen und ihren Gegnern, die von nichts als geheimer Justiz u. s. w. reden.

Bei dem einzelnen Richter, also da wo nur ein Individuum zur Verwaltung des Richteramts angeordnet ist, hat die Sache keine Schwierigkeit. Er kann, ohne daß das Wesen der vollständigen Mittheilung irgend Abbruch erleidet, die Parteien unmittelbar oder auch mittelbar durch das Mittel der Schrift vernehmen. Hier fordert also die Vollständigkeit des Gedankenwechsels nicht gerade Mündlichkeit; nur sofern als es auf Beschleunigung, bisweilen freilich auch auf Zuverlässigkeit ankommt, ist die Schrift das nicht zu leisten vermögend, was die mündliche Rede vermag. Sobald aber die aus mehrern Gründen ungleich zweckmäßigere Collegialverfassung der Gerichte besteht, d. h. da, wo man anerkennt, daß es allerdings bedenklich *) ist,

*) Das Bedenkliche liegt hier, abgesehen von andern Betrachtungen, weniger in der Entscheidung, oder in der Verwendung der vorhandenen Materialien derselben, als in der Composition dieser Materialien, in der Instruktion, zumal wenn diese von dem nämlichen

ist, die Bestimmung dessen, was bei entstehendem Zweifel als Recht zwischen Staatsbürgern gelten soll, der Discretion eines einzigen Menschen zu überlassen *), hat

chen Richter zum Protokoll erfolgt, der auch entscheidet. Dort kann noch der Oberrichter helfen, hier gewöhnlich nicht mehr, besonders wenn der Baum in der obern Instanz liegen bleibt, wie er in der untern gefallen ist, wenn nämlich keine nova in der Appellations-Instanz zugelassen werden. Vergl. die I. Abhandl. S. 17.

*) Eine Unvollkommenheit, die neuerlich wieder in der von Feuerbach. Schrift S. 353. ff. mit so grellen Farben gezeichnet ist, daß dagegen keine Tünche etwas vermag. — "Die Collegialverfassung (bemerkt die Jenaische A. L. Z. 1821. Num. 98.) hat den Nutzen, daß die Rechtlichkeit eines einzigen Mannes oft die Unrechtlichkeit mehrerer Collegen unterdrückt." (Hier ließe sich nun freilich wohl auch das Entgegengesetzte von dem Übergewicht eines unrechtlichen Mannes, der seine überwiegenden Talente gegen seine Collegen geltend macht, anführen; indessen ist die Praxis doch wohl mehr für jenes als für dieses Verhältniß, auch Gründe aus der Vernunft.) "Die Collegialität verhindert rasche und nicht gehörig überlegte Handlungen; sie bewahrt vor Einseitigkeit und befördert den Austausch der Kenntnisse der Collegen. Der wichtigste Nachtheil des Mangels der Collegialverfassung bei Untergerichten (in der That eine beherzigenswerthe Ansicht!) ist aber der, daß sich kein vaterländisches Recht nach heimischen Rechtsgewohnheiten ausbilden kann. Gewohnheitsrechte bilden sich nur im Volke, selten bei Eximirten; ein Gericht, das nur aus Einem Richter besteht, verliert bei dem öftern Wechsel des Richterpersonals die Bekanntschaft mit den Sitten und Gewohnheiten der Eingesessenen. Nie würde das römische Recht das einheimische in der Maße haben verdran-

verwaltet werden, so darf
der Mittheilung nicht o
Richteramt bloß auf

Auf dieser e
in der bisherige
digung findet
schen denen
land nach
schon all
eines
ren
f.

wieder das Unbe-
Mittheilung erschwert
eigentlich auf dem kriti-
alle die Gegenstände dre-
die Frage Einfluß hat:
vereint mit Öffentlichkeit wirk-
der Möglichkeit einer zweckmäßi-
oder ob sie etwa nur das golde-
das wir vielleicht den wahren Gott
Gewißheit verlassen.

was die Gründlichkeit der Rechtspflege im
übrigen, oder die Möglichkeit der Rechtsausführung,
zu treten, das hören lassen, selbst betrifft, abgese-
hen von der Möglichkeit, daß das, was wir dem Richter
vorlegen, auch von ihm gehört werde — so fehlt
es uns in Deutschland daran nicht. Aber die Mittheilung
an den Richter, der als juristische Person wirkt, also
die Gelegenheit uns einem Collegium von Richtern ver-
ständlich zu machen, ist, so wie die Sachen jetzt stehen,
in der That erschwert.

Die Partei kann sich nach der Ordnung des Verfahrens in Deutschland ihrem Richter nur durch die Schrift mittheilen, welche entweder von ihrem Anwalt oder von einem Abgeordneten des Gerichts, von diesem nämlich zum Protokoll, aufgenommen wird. Nun hätte es zwar, abgesehen wiederum von hindernden Eigenheiten der Schrift, kein Bedenken, daß sich das Richtercollegium auch mittelst der Schrift die erfor-

---

gen können, wären die Untergerichte in ganz Deutschland nicht fast durchgehends nur mit Einem Richter besetzt gewesen."

Kenntniß der Sache verschaffte, wenn nämlich Mitglied die Akten läse; allein da dieß r Fall ist, und auch nicht wohl seyn kann, ohne ders bei einem mit vielen Richtern besetzten Tribu- al die Entscheidung unendlich zu verzögern: so ist ein Auskunftsmittel erfunden, und dieß besteht darin, daß ein Mitglied, als Berichtserstatter das Geschäft des Aktenlesens statt aller übrigen übernimmt, und diesen, wohl zu merken in Abwesenheit der Parteien- also der Einzigen, die seinen Vortrag con- troliren können, den Inhalt mittheilt, so gut oder schlecht, als er selbst ihn aufgefaßt hat, vielleicht sogar (denn wer bürgt dagegen, ausser der Gewissenhaftigkeit des Mannes!) schlechter und mangelhafter als er selbst den Inhalt aufgefaßt hat.

Hinweggesehen indessen von Mängeln des Verstandes und des Willens bei dieser Einrichtung, so erscheint dieselbe schon darum als ein ärmlicher Nothbehelf, weil auf diese Weise die Entfernung zwischen Partei und Richter offenbar verdoppelt wird. Nicht genug, daß bei dem schriftlichen Verfahren die Mehrzahl der Parteien ihre Gedanken durch einen Dritten zu Papier bringen läßt, es sey nun durch den Sachwalter bei den sogenannten Prozeßschriften oder durch den Instruenten zum Protokoll; auch diese Schrift liest nun, wie gedacht, bei einem Richter-Collegium der eigentliche Richter, das heißt alle die welche richten, nicht selbst, sondern bloß der Referent, ausnahmsweise allenfalls noch ein Correferent. Man kann also sagen: nicht einmal der Berichtserstatter erhält sein Licht unmittelbar, viel weniger der eigentliche Richter, der dasselbe vollends nur durch eine doppelte Reflexion empfangt. Ich muß bei diesen Betrachtungen noch etwas verweilen, und

diese an sich zweckmäßige Verfassung wieder das Unbequeme zum Begleiter, daß hier die Mittheilung erschwert ist. Und hier stehen wir denn eigentlich auf dem kritischen Punkt, um welchen sich alle die Gegenstände drehen, deren Betrachtung auf die Frage Einfluß hat:

ob die Mündlichkeit vereint mit Öffentlichkeit wirklich die Bedingung der Möglichkeit einer zweckmäßigen Rechtspflege, oder ob sie etwa nur das goldene Kalb ist, um das wir vielleicht den wahren Gott der Gerechtigkeit verlassen.

Denn was die Gründlichkeit der Rechtspflege im übrigen, oder die Möglichkeit der Rechtsausführung, so zu reden, das hören lassen, selbst betrifft, abgesehen von der Möglichkeit, daß das, was wir dem Richter vorsagen, auch von ihm gehört werde — so fehlt es uns in Deutschland daran nicht. Aber die Mittheilung an den Richter, der als juristische Person wirkt, also die Gelegenheit uns einem Collegium von Richtern verständlich zu machen, ist, so wie die Sachen jetzt stehen, in der That erschwert.

Die Partei kann sich nach der Ordnung des Verfahrens in Deutschland ihrem Richter nur durch die Schrift mittheilen, welche entweder von ihrem Anwalt oder von einem Abgeordneten des Gerichts, von diesem nämlich zum Protokoll, aufgenommen wird. Nun hätte es zwar, abgesehen wiederum von hindernden Eigenheiten der Schrift, kein Bedenken, daß sich das Richtercollegium auch mittelst der Schrift die erfor-

---

gen können, wären die Untergerichte in ganz Deutschland nicht fast durchgehends nur mit Einem Richter besetzt gewesen."

derliche Kenntniß der Sache verschaffte, wenn nämlich jedes Mitglied die Akten läse; allein da dieß nicht der Fall ist, und auch nicht wohl seyn kann, ohne besonders bei einem mit vielen Richtern besetzten Tribunal die Entscheidung unendlich zu verzögern: so ist ein Auskunftsmittel erfunden, und dieß besteht darin, daß ein Mitglied, als Berichtserstatter das Geschäft des Aktenlesens statt aller übrigen übernimmt, und diesen, wohl zu merken in Abwesenheit der Parteien, also der Einzigen, die seinen Vortrag controliren können, den Inhalt mittheilt, so gut oder schlecht, als er selbst ihn aufgefaßt hat, vielleicht sogar (denn wer bürgt dagegen, ausser der Gewissenhaftigkeit des Mannes!) schlechter und mangelhafter als er selbst den Inhalt aufgefaßt hat.

Hinweggesehen indessen von Mängeln des Verstandes und des Willens bei dieser Einrichtung, so erscheint dieselbe schon darum als ein ärmlicher Nothbehelf, weil auf diese Weise die Entfernung zwischen Partei und Richter offenbar verdoppelt wird. Nicht genug, daß bei dem schriftlichen Verfahren die Mehrzahl der Parteien ihre Gedanken durch einen Dritten zu Papier bringen läßt, es sey nun durch den Sachwalter bei den sogenannten Prozeßschriften oder durch den Instruenten zum Protokoll; auch diese Schrift liest nun, wie gedacht, bei einem Richter-Collegium der eigentliche Richter, das heißt alle die welche richten, nicht selbst, sondern bloß der Referent, ausnahmsweise allenfalls noch ein Correferent. Man kann also sagen: nicht einmal der Berichtserstatter erhält sein Licht unmittelbar, viel weniger der eigentliche Richter, der dasselbe vollends nur durch eine doppelte Reflexion empfängt. Ich muß bei diesen Betrachtungen noch etwas verweilen, und

zwar zuvörderst bei den hindernden Eigenthümlichkeiten der Schrift, da es gerade darauf wesentlich ankommt, sich zu überzeugen, daß der Streit um die Mündlichkeit des Verfahrens nicht ein bloßer Wortstreit ohne Realität ist.

Die Schrift hat zweierlei Zwecke: einmal den Zweck der Beförderung des Verkehrs zwischen Abwesenden, und dann den der Fixirung und Aufbewahrung des Gedankenverkehrs. In letzterer Beziehung erscheint sie uns in ihrer ganzen Preiswürdigkeit, als die erste aller menschlichen Erfindungen. Was dagegen den ersten Zweck anlangt, so nehmen wir an ihr schon gleichsam von vorn herein eine Eigenschaft wahr, die ihr einen subordinirten Rang beilegt: sie ist ein bloßes Surrogat, und hat in sofern das mit allen Surrogaten gemein, daß sie das zu surrogirende Ding, hier also die mündliche Rede, nicht selbst ist.

Dieß ist aber auch kein eingebildeter Mangel. Die Erfahrung lehrt, daß niemand, der mit einem Andern mündlich zu verkehren Gelegenheit hat, sich der Schrift bedient; wenigstens geschieht dieß in der Regel nicht. Er müßte besondere Gründe haben, die das obschon schwierigere Verkehr für den gegenwärtigen besondern Zweck räthlicher machen, als das einfachere und natürlichere mündliche. Und diese Gewohnheit beruht auf sehr richtigen Gründen: denn

1) man kann den Redenden leichter verstehen, als den Schreibenden. Daß es Ausnahmen giebt, dieß ändert an der Regel nichts. Der Sprechende hat mancherlei Hülfsmittel sich der Aufmerksamkeit des Hörers zu versichern, die der Schreibende gegenüber dem Leser nicht hat. Derjenige meiner Leser, der etwa hier zunächst an gewisse triviale Mittel, etwa an das Festhalten bei

dem Rockknopfe denken wollte, würde gleich einen Beleg für meinen Satz liefern; ich müßte wenigstens glauben, daß man es dem Buchstaben hier nicht ansehe, daß ich in diesem Augenblicke weniger zum Scherz aufgelegt sey, als der verehrliche Leser. — Darin besteht eben der wesentliche Vorzug der mündlichen Rede vor der Schrift: in dieser Leichtigkeit, womit Töne vor Zeichen, der Mund vor der Feder sich verständlich machen, in der Leichtigkeit des Gedankenaustausches, wenn der Ausdruck des mündlichen Worts durch Mienen, Geberden und die ganze äussere Haltung des Redenden unterstützt wird. Denke man überdieß noch, wie leicht die mündliche ungefällige Rede gemildert werden kann durch den Ton selbst, noch mehr durch Änderung des dem Hörer mißfallenden harten Ausdruks, durch eine gefälligere Stellung oder selbst durch Zurücknahme des unfreundlichen Wortes, über dessen mißfällige Aufnahme uns Mienen und Geberden des Andern nicht lange in Ungewißheit lassen, während der Eindruck des schriftlichen Wortes sich nicht nur später äussert, sondern auch beharrt, und eine immer blutende Wunde verursacht, so oft die verwundete Stelle durch Wiederlesen gleichsam betastet wird. Auch hat es wohl seinen natürlichen Grund, daß und warum dem schriftlichen harten Ausdrucke, wenn ihn auch der Sprechende nachher zu mildern sucht, oder der übereilten Rede, die man widerrufen möchte, weniger Nachsicht widerfährt, als dem mündlichen Wort; man vermuthet nämlich weniger eine Übereilung. Zwar hat der schriftliche Ausdruck um deßwillen mehr Anspruch auf Wohlgefallen, als der mündliche, weil er in der Regel wenigstens polirter ist. Aber er ist dagegen auch einer schärfern Kritik ausgesetzt.

Das leichtere Verstehen und Auffassen des Sinnes der mündlichen Rede ist aber nicht der einzige Grund ihrer

Vorzüglichkeit; sie befördert auch das wechselseitige Verständniß, und hier steht sie vor der Schrift weit voran. Der Rede des Einen folgt die Rede des Andern; es folgen sich Fragen, Erläuterungen, Berichtigungen bald von der einen, bald von der andern Seite. Hat aber die mündliche Mittheilung den Vorzug vor der Schrift in Rücksicht des leichtern Verstehens, so ist dieser Vorzug über jeden Zweifel erhaben, wenn die Schrift nicht von demjenigen selbst, der uns seine Gedanken mittheilen will, sondern nur von einem Dritten aufgesetzt ist, wie unsere Advokaten-Schriften. Denn daß sich der schriftlich Redende durch seine Unterschrift oder sonst durch Anerkenntniß zu dem Inhalte bekennt, das mag wohl den formalen Beweis der Identität begründen, aber gewiß nicht unbedingt die materiale Richtigkeit, besonders bei gewissen Personen, bei welchen man billig noch fragen darf: habt ihr auch alles verstanden, was ihr unterschrieben?

Es würde eben nicht schwer halten, jedoch zu weit führen, wenn man durch Beispiele darthun wollte, daß, wiefern? und warum? in den für Geschäftsunerfahrne Jahr aus Jahr ein gefertigten Schriften unzählige Irrthümer zum Vorscheine kommen; es dürfte sich jemand nur die Mühe nehmen, die einzelnen Gedankenausdrücke zu zergliedern und sie denen fragweise vorzulegen, deren Gedanken sie ausdrücken sollen.

Ich habe bisher gezeigt, daß die Mittheilung durch die Schrift unzuverläßiger ist, als durch die Rede, und diese Unzuverlässigkeit erscheint vielleicht bei den gerichtlichen Verhandlungen noch dazu häufiger, als bei dem Verkehr im gewöhnlichen Leben, sofern als nicht selten schon die Form des Ausdrucks von der gewöhnlichen

Art der Rede des gemeinen Lebens abweicht. Allein die Mittheilung durch die Schrift ist

2) auch mit einem ungleich größern Zeitaufwande verknüpft. Wer wollte nicht bequem durch mündliches Hin- und Herreden in einer Stunde ausmachen, wozu im Wege des Briefwechsels, wenn man auch nur die Zeit des Schreibens hin, und des Schreibens her, und ganz und gar nicht die der Beförderung an die Adresse in Rechnung bringt, das Zehenfache des Zeitaufwands noch lange nicht hinreichend seyn würde. Machen wir davon Anwendung auf das Verkehr vor Gericht, und vergleichen die Ausbeute, welche die mündliche Vernehmung der Parteien in einer bis zwei Stunden gewährt, gegen diejenige, die uns das Lesen dicker Akten und deren Excerpirung kaum in soviel Tagen liefert; und hier ist nur vom Verstehen, nicht von dem noch auffallenderen Unterschiede zwischen der Zeit des Redens dort und Schreibens dieser dicken Akten hier die Sprache!

Wenn wir von dem bisher erörterten Verhältnisse zwischen der mündlichen Rede und der Schrift die Anwendung auf die Rechtspflege machen, so überzeugen wir uns, daß bei allen den Vorzügen, welche die Schrift für die Fixirung des Gedankenausdrucks ohnehin, aber auch für den Ausdruck selbst hat, (da nämlich wo es einer mit sorgfältiger Auswahl zu treffenden Bezeichnung des Gedankens gilt, der seine getreue Darstellung nur in gewissen Wortbildern findet, welchen die Gewandtheit, ja selbst die gegenwärtige Stimmung des bildenden Subjekts manches Hinderniß macht, das allenfalls nur unter der Feder überwunden werden kann), dennoch die mündliche Rede vor der Schrift ihre eigenthümlichen Vorzüge hat. Dieß ist namentlich der Fall da, wo es darauf ankommt,

1) einen schnellern Austausch der Gedanken besonders zur Berichtigung conträrer Vorstellungen behufs der Erzielung einer Vereinigung derselben zu bewirken, oder

2) von Mehreren zugleich verstanden zu werden.

Dieß letztere tritt nun vornämlich ein, wenn der Vortrag von einem Collegium von Richtern verstanden werden soll. Denn was helfen noch so schön und gründlich verfaßte Schriften, noch so treu und sorgfältig gesammelte Akten, wenn sie von denen, welche nach ihrem Inhalte urtheilen sollen, nicht gelesen werden oder nicht gelesen werden können? Darin liegt eben das Crinomenon der Vorzüglichkeit des mündlichen vor dem schriftlichen Verfahren für seinen Zweck der vollständigen Gedankenmittheilung. Wer hier den Zweifler machen will, der gebe nur ein anderes zuverlässiges Mittel an, aber ein zuverlässiges. Daß der Referent die Akten liest, und den Inhalt dem ganzen Collegium vorträgt, das gewährt aber kein solches zuverlässiges Auskunftsmittel.

Der Umstand, daß dieser Berichtserstatter selbst nur aus Akten und Schriften schöpft, also vermittelst schriftlicher Mittheilung eines Dritten seine Wissenschaft erlangt, dem wieder die Betheiligten ihre Gedanken vorgetragen haben, was natürlich auch der Fall bei der Instruktion zum Protokoll ist, wo der Instrument als der Dritte erscheint — dieser Umstand läßt für sich schon alle die Zweifel übrig, die sich uns rücksichtlich der Integrität einer Erzählung darbieten, die bereits, wie man sagt, durch die dritte Hand geht. Die Forderungen an Vollständigkeit und Zuverlässigkeit stehen also schon mißlich. Nur derjenige, welcher die Partei selbst gehört

und ihr Anbringen zu Papier gebracht hat, er sey nun Advokat oder Instruent, hat aus der Quelle geschöpft; was hiernächst der Leser von ihm erhält, ist wenigstens nicht mehr aus der Quelle unmittelbar und eben darum vielleicht auch nicht mehr so rein, als jener es empfangen, indem kaum zu vermeiden ist, daß es etwas von den Stoffen angenommen hat, die auf dem Wege von der Quelle bis zum Orte seiner Bestimmung sich befinden. Ist dieß aus mehrern Gründen weniger wahrscheinlich, da wo dieser Mittelsmann eine richterliche Person ist, also bei dem Instruenten, so ist es um so mehr wahrscheinlich, da wo derselbe ein Sachwalter ist. Ich sage hier nichts von den Entstellungen des Faktums, die auf Rechnung der Dienstbeflissenheit des Advokaten kommen, der seiner Partei Bestes damit zu befördern glaubt, und in so fern wenigstens mandatum praesumtum auch für die Unwahrheit und Verdrehung hat. Ich rede nur davon, was in den Prozeßschriften durch Oberflächlichkeit, Mangel an Erkundigung und durch die Plattheit gewisser Sachwalter wider den Willen der Partei, ja selbst ohne bösen Vorsatz, wenigstens in der Hauptsache ohne dergleichen, von Seiten des Rechtsanwaltes selbst verschuldet wird; von jenem seichten Gewäsche, jenem schielenden, selbst zur Verbergung des Mangels an Information in ein Halbdunkel versetzten Darstellungen faktischer Verhältnisse, von jenem Bestreben wenig mit viel Worten zu sagen, was alles der Partei nichts nützt, wessen sie sich also unmittelbar wahrscheinlich nicht zu ihrem Zwecke bedient haben würde.

Und wenn nun vollends der Advokat — und wer steht dafür — das Faktum, das eben doch nicht sein Faktum ist, aus Irrthum, sey es auch nur in Nebenumständen, unrichtig aufgefaßt, und eben deßhalb un-

richtig, oder doch wenigstens nicht vollständig schriftlich wiedergegeben hat, wer wird dieß rügen? etwa der Richter, der die Gabe der Allwissenheit nicht hat? oder die Partei? — Ja freilich diese könnte es, wenn sie nur immer die Gabe besäße, zwischen ihrem lebenden Faktum und diesem papiernen eine Vergleichung anzustellen, welche als Probe gelten könnte. Der größte Theil der Rechtsuchenden ist da, wo die Mehrzahl der Menschen ist, in den niedern Ständen, und diese nehmen es mit einer Handvoll mehr oder weniger so genau eben nicht. Der geschickte Advokat wird das Faktum wahrscheinlich anders wiedergeben, als er es von der Partei empfangen hat; der ungeschickte auch: nur mit dem Unterschiede, daß jener ein, wenigstens dem Zwecke seiner Partei dienendes, dieser ein nichtsnütziges oder gar schädliches Faktum liefert. — Wahr und richtig bemerkt in so fern (ich sage in so fern; denn im übrigen halte wenigstens ich viel auf eine nackte, durch Kunst nicht unterstützte, eben deßwegen aber auch nicht entstellte Wahrheit.*) ein scharfsinniger Rechtsgeschäftsmann und Gelehrter: "oft hängt der Sieg der gerechten Sache von der richtigen Wendung ab, unter welcher die Thatsachen dargestellt und als Vertheidigungsmittel benützt werden. Eben in der Darstellung des Faktums liegt die wahre Kunst des Geschäftsmannes, eben in ihr drückt sich die tiefe Kenntniß der Gesetze, der rege Blick ins Leben und der Scharfblick des Ver-

*) Freilich. Wahrheit muß sie seyn, und diese fordert allerdings Geschicklichkeit, nicht zur Darlegung, sondern — zur Schöpfung aus dem Chaos verworrener Vorstellungen und getrübter Wahrnehmungen.

theidigers ab. Die Stellung des Faktums ist die Seele eines jeden Prozesses *)."

Der Berichtserstatter bekommt also für sich selbst nur eine mittelbare Kenntniß aus den Akten; aber der erkennende Richter, das Collegium, dem er Vortrag erstattet, steht noch um ein vermittelndes Glied weiter von der Quelle, oder von der Partei. Niemand wird verkennen, daß die Möglichkeit einer mangelhaften Mittheilung hier um einen Grad sich vergrößert. Diese Möglichkeit kann aber aus subjektiven Gründen leicht bis zur Wahrscheinlichkeit steigen, daß der Referent das unvollständig Aufgefaßte noch unvollständiger wiedergegeben habe. Niemand controlirt ihn und kann ihn controliren, als der nur ausnahmsweise gebrauchte Correferent; und so beruht also die einzige Gewährschaft auf den zufällig guten oder schlechten Eigenschaften des einzigen Mannes, der selbst mit allen trefflichen Eigenschaften des Geistes und Herzens doch nichts weiter als ein Mensch ist, und daher sich irren kann. Gesetzt aber auch, derselbe habe den Rechtsfall unter zufällig sich vereinigenden günstigen Umständen richtig aufgefaßt und richtig wiedergegeben, wer bürgt dafür, daß er eben so richtig von seinen Collegen gefaßt worden, daß diese die ihnen alltäglich gewordene, vielleicht sonst nicht anziehende Stimme ihres Stuhlnachbars mit eben dem Interesse angehört haben, als sie die neue Stimme eines Sachwalters, vielleicht eines Mannes von Rednergabe, oder die Stimme von Parteien, die ihnen aus eben nicht immer verwerflichen Gründen interessant geworden, angehört haben würden, und auch wohl anhören muß-

*) von Gönner in den Motiven zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das ger. Verfahren. S. 296.

ten, um sich keine Blöße vor der Außenwelt zu geben, während man es vielleicht mit der innern Welt so genau nicht nimmt, nach der Maxime: quam veniam damus, petimus vicissim? Überhaupt lassen sich die Regungen der Theilnahme und eines besondern Wohlgefallens nicht gebieten, also auch nicht durch den Zauber der Pflicht oder der Dienstreglements da hervorbringen, wo kein Anstoß von aussenher gegeben wird.

Der Richter muß also, er sey eine physische oder moralische Person, die Parteien mit dem Vortrage ihrer Sache selbst hören, wenn er auf Vollständigkeit ihrer Vernehmung Anspruch macht. Es vertritt indessen allerdings die Stelle des unmittelbaren Gehörs, wenn der Berichterstatter seinen Vortrag in Gegenwart der Parteien erstattet, so fern diesen vergönnt ist, auf geeignete Weise allenfallsige Unrichtigkeiten zu rügen.

Ich habe nun gezeigt, daß der mündliche Vortrag seine Vorzüge vor dem schriftlichen hat, da wo es auf die Mittheilung an Mehrere ankommt. Es ist mir nun noch übrig, darzuthun, daß derselbe seinen Vorrang vornämlich auch da behauptet, wo es dem schnellern Austausche der Gedanken, besonders zur Berichtigung conträrer Vorstellungen behufs der Erzielung einer Vereinigung gilt. Hier muß aber sogleich erinnert werden, daß es verschiedene Arten des mündlichen Vortrags giebt, die nicht gleich anwendbar für den bemerkten Zweck sind. Wir merken hier nur zwei Arten oder Formen des mündlichen Vortrags,

die des Gesprächs,
die der feierlichen Rede.

Fragen wir, welche die passende für den Zweck des Verkehrs vor Gericht sey; so kommt alles darauf an:

ob Untersuchung oder Rechtsausführung der Zweck ist; ob es auf die Entwickelung eines zweifelhaften Sachverhältnisses, oder auf Deducirung des Zusammenhangs eines ausgemittelten thatsächlichen Verhältnisses mit Rechtswahrheiten zur Begründung eines angemessenen Rechtsverhältnisses ankommt. Zu jener oder zur Untersuchung genügt die feierliche Rede nicht, wohl aber kann sie bei der Deduktion Statt finden. Wir wollen hierbei noch etwas verweilen.

Das Bestreben des Redners vor Gericht geht nur darauf, das Faktum in Verbindung mit Rechtsgründen so darzustellen, wie es das Interesse der Partei fordert, für welche er redend auftritt. Daß bei einer dergleichen einseitigen Tendenz der Rede von derselben für die Entwickelung kritischer thatsächlicher Verhältnisse wenig erwartet werden darf, daß sie also zur Untersuchung nicht geeignet ist, ist unverkennbar. Da wo es also darauf ankommt, ein streitiges Faktum in seiner wahren Gestalt zu erkennen, mit andern Worten, wo es der Herstellung des historischen Theils des Rechtsstreits gilt, die nur durch Übereinstimmung der Parteien oder durch Beweis bewirkt wird, hat daher die Rede des Sachwalters vor den eben so einseitigen Prozeßschriften nichts voraus, wie schon in der vorigen Abhandlung S. 39. bemerkt worden ist. Sowie der S. 77. in der Note angeführte Praktiker mit Grund behauptet, daß im schriftlichen Verfahren das Faktum immer dunkler werde, je mehr Schriften gewechselt würden, so läßt sich dieß mit eben dem Rechte von den Reden behaupten: je länger sie dauern, desto schwieriger wird es seyn, herauszubringen, worüber eigentlich die Parteien einig sind. Das bringt schon, wie gedacht, der Zweck der einseitigen Darstellung mit sich. Dazu kommt noch die Vermengung des historischen mit dem rechtlichen Thei-

le der Ausführung, und was überhaupt Folge des Bestrebens ist, Recht zu behalten. Daran ist vollends gar nicht zu gedenken, daß diese künstlichen Reden gleich der Rede im wechselnden Gespräche ein Mittel wären, die gegenseitige Annäherung zu befördern, also die Vereinigung der Gedanken und Vorstellungen zweier Individuen zu einem übereinstimmenden Ganzen zu bewirken. Denn da man den Redner fortsprechen lassen muß, bis es ihm beliebt, aufzuhören, da man ihn nicht durch dazwischen gelegte Fragen, Zweifel und Bedenklichkeiten unterbrechen darf, wie auf dem Wege des Gesprächs: so geht vielleicht der einzig günstige Moment der Berichtigung einer falschen oder halbwahren oder schielenden Behauptung vorüber. Ich sage für jetzt nichts von den Zweifeln, die man gegen die mündliche Darstellung in Beziehung auf die Möglichkeit der Auffassung und Fixirung erhoben hat, wenn die Rede des Sachwalters mehr als bloße Deduktion ist. Auch kann ich mit Stillschweigen übergehen, was Andere mit Recht gegen die Zweckwidrigkeit, ja Gefährlichkeit der Redekunst vor dem Richterstuhle schon lange vor mir gesagt haben, da selbige nur auf Eindrücke des Wohlgefallens auf Wirkungen im Gemüthe des Hörers ihre Berechnungen anlegt, nicht auf das bloße Verstandenwerden, noch weniger auf Überzeugung nach den Forderungen des kaltprüfenden Verstandes. Es ist dieß eben gerade einer der Hauptzweifel gegen das mündlich öffentliche Verfahren in Frankreich, daß hier die Kunst der Rede gegenüber den zuhörenden Richtern *) den Zweck

*) Vielleicht hat glücklicher Weise die Praxis die Gefahren nach der Theorie gemildert; man erzählt sich wenigstens allerlei, was zur Beruhigung, dießfalls wenigstens, dienen kann.

der klaren Erkenntniß des streitigen Rechtsverhältnisses eher hindert als befördert, indem sie den Zuhörer, in einen Zustand versetzt, wo er für Überzeugung seines Verstandes anzunehmen versucht werden kann, was nur Wirkung seines Gefühls ist. Ich übergehe indessen diese Bedenklichkeiten gegen die Reden der Sachwalter, weil ich wenigstens hoffe, daß unsere Richter durch das Feuer der Beredsamkeit so wenig in der kalten Prüfung und in der ihnen gemessen vorgezeichneten Bahn sich werden irre machen lassen, als unsere Criminalrichter durch die mit aller stylistischen Kunst ausgearbeiteten Vertheidigungsschriften. Aber dann schaden diese Plaidoyers im glücklichen Falle ja nur nicht, statt daß sie nützen sollen!

Nicht in diesen öffentlichen zierlichen Reden kann man also, sobald Untersuchung*) unser Zweck ist, das Wesen der zweckmäßigen Mündlichkeit suchen, sondern

in der mündlichen Verhandlung, die als Vorverfahren der öffentlichen Audienz, oder dem Verfahren vor dem versammelten Gerichte vorausgeht.

Dieses Vorverfahren erfolgt nach meiner Ansicht vor einem Abgeordneten des Gerichts, der die Parteien und Anwälte über die faktischen Verhältnisse des Streits vernimmt, und, soweit als es möglich ist, nach der preußischen Instruktionsmethode den historischen Theil des Rechtsstreites in das Klare zu bringen sucht, als-

*) Vergesse man nicht, daß diese Untersuchung nicht schlechthin in Inquisition übersetzt werden darf. Kein inquisitorisches Verfahren im Civilprozeß, aber ein interrogatorisches!

dann aber die zu Protokoll gebrachten Resultate in der Audienz dem versammelten Gericht in Beiseyn der Parteien vorträgt. Dieß ist die Idee der Behandlung der Sache vor der Audienz, oder des Vorverfahrens, welches wohl mit einer schriftlichen Klage und Antwort beginnen kann, wenn die Parteien es verlangen. Die weitere Ausführung dieser Idee gehört nicht hieher. Durch diese Verfahrungsart erreicht man die Vortheile, 1) daß die Behandlung des Rechtsstreits von Anbeginn an einen festern, sicherern Gang annimmt, als wenn der Prozeß bloß ausser gerichtlich herumgetrieben wird, und ausser dem Gesetz und einem subalternen Justizbedienten (huissier) keine Leitung hat; 2) daß diese Art zu operiren nicht zu sehr von dem sich entfernt, was bisher in Deutschland üblich war; 3) daß gleichwohl das ganze Gericht mit dem Prozesse nicht zu frühzeitig behelligt wird, sondern erst dann, wenn es eigentlich in seine Sphäre als Richter tritt.

Da es bei dem Vorverfahren wesentlich bloß auf Herstellung eines subsumtionsmäßigen Faktums, (dasselbe sey nun soweit ausgemittelt, daß eine definitive Entscheidung oder nur erst ein Erkenntniß auf Beweis erfolgen kann) ankommt, also nur darauf, zu wissen, was die eine Partei vor der andern fordert, aus welchem Grunde sie fordert, und was von den Thatsachen eine der andern einräumt (petitum — fundamentum agendi vel excipiendi — status causae et controversiae) oder mit einem Worte: auf die *quaestio facti*; so ist der Gedankenwechsel hier ganz einfach, prosaisch. Die gewöhnliche Conversation durch Fragen und Antworten, eigentlich die freie, an keine oratorische Kunst gebundene, sie vielmehr sogar verschmähende Mittheilung, die bei der sokratischen Methode Statt fin-

findet, und deren Resultate durch die Schrift fixirt sind (und dazu braucht es in der That wenig Schreiberei, wenn man sich bloß auf Fakta beschränkt, und leere Dicentereien und Ausschweifungen vermeidet, die auch das Vorverfahren zu einer Plage, wenigstens für die Rechtsuchenden machen) diese kunstlose Mittheilung, sage ich, genügt nicht nur, sondern ist auch nur allein zweckgemäß. Ist erst das Faktum in Richtigkeit und vor den Richtern durch öffentliches Anerkenntniß befestigt, dann mögen die Sachwalter durch mündliche Deduktionen der richterlichen Reflexion vorarbeiten, und es mag sich ihre Redekunst in der ganzen Feiergestalt zeigen *), die ihnen Talent und — Stoff verstattet, an welch letzterm es freilich im Civilverfahren häufig mangeln möchte. Dann wird aber auch ihre Rhetorik den Richter nicht täuschen oder verwirren; das, was die Redner vorbringen, wird von jenem vollständig aufgefaßt und, soweit als es nöthig ist, im Gedächtniß aufbewahrt werden. Beschränkt sich das Plaidiren des Sachwalters nur auf die Deducirung des Rechtspunkts, oder auf die Darstellung des Zusammenhangs der Thatsachen mit dem Gesetze zur Unterstützung der subsumirenden Reflexion des Richters; so wird man über den Mangel der schriftlichen Fixirung dessen, was in der Audienz verhandelt wird, der sonst eines der Hauptbedenken gegen die Zweckmäßigkeit dieser in den Lüften verhallenden Verhandlung ausmacht, eben nicht bekümmert seyn dürfen. Denn bei der mündlichen Rechtsausführung, wo das Faktum nur einen Gegenstand remissiver Erwähnung, keineswegs eine Erörterung ausmacht,

*) worauf jedoch überhaupt soviel eben nicht ankommt. Vergl. v. Feuerbach S. 260. f.

kann die Rede des Sachwalters ihrer Natur nach nichts weiter beabsichtigen, als nur die etwa schlummernden Rechtsbegriffe in dem Richter aufzurütteln. Liegen sie freilich im Todesschlaf, oder sind sie gar nie geboren worden, so wird auch der Zauber der Beredsamkeit nichts vermögen.

Diese Verfahrungsart, wo durch die präparatorische Verhandlung die thatsächlichen Verhältnisse richtig gestellt, und durch das Mittel einer einfachen schriftlichen Aufsetzung fest gehalten werden, wozu nach der Erfahrung nichts geschickter ist, als das Protokoll, gewährt auch noch den wichtigen Vortheil, daß in den höhern Instanzen der Richter Akten hat, und wenn nicht erhebliche nova in facto vorkommen, bloß auf schriftliche oder mündliche Beschwerdeausführungen und Verantwortungen erkennen kann, ohne das Verfahren von vornen anfangen zu müssen, als welches unter andern auch den für die Gerichtspolizei erheblichen Nachtheil hat, daß man den Unterrichter nicht controliren, ja genau genommen, nicht sagen kann, ob er übel oder wohl gesprochen, wenn gleich nach dem Erfolge wohl oder übel appellirt worden seyn kann. Der historische Theil des Prozesses soll in der ersten Instanz richtig erhoben werden, und er kann es auch in der Regel, wenn Richter und Parteien ihre Schuldigkeit thun, wenn nicht aus einem zweckwidrigen Eifer für vermeinte Beschleunigung, aus der nachher doch Verzögerung entsteht, die Sache übereilt wird, und wenn man vor allen von der unseligen Vorstellung *) abgeht, als ob die ersten Instanz-

*) Mehreres über die Grundlosigkeit dieser Vorstellung s. Mittermaier in den trefflichen Abhandlungen: der gem. deutsche Prozeß ꝛc. II. S. 10. ff.

gerichte subjektiv wohl schlechter besetzt seyn dürften, als die Mittelgerichte, also daß sie, was sie der justizhierarchischen Ordnung nach sind, oder geheißen werden, auch der Stufe ihrer geistigen Cultur und ihrem subalternen Sinne nach seyn und ewig bleiben mögen — unteres. — Ist aber der historische Theil des Prozesses richtig erhoben und hergestellt, so kann es nur auf eine neue Subsumtion ankommen, um zu sehen, ob der erste Richter richtig geurtheilt habe, oder nicht, also bestätigend oder abändernd zu erkennen sey. Daß das ungerechte Urtheil verbessert, der Beschwerde abgeholfen, nicht daß gleichsam der faktische Bau des Prozesses, wie er in der ersten Instanz aufgeführt worden, umgestossen und, etwa nur mit Verwendung der Baumaterialien von denselben, ein neuer aufgeführt werde, ist Obliegenheit des Appellationsrichters und die Tendenz der Appellation, ist es wenigstens in ihrer reinen Gestalt *). Der zweite Richter soll, was der erste unrichtig beurtheilt hat, richtiger beurtheilen, d. h. nach des Appellanten Absicht — anders. Soll der Oberrichter eigentlich also nur prüfen, ob der Unterrichter richtig geurtheilt; soll nicht die Herstellung des Sachbestandes sondern nur die Gesetzanwendung durch wiederhohlte reife Betrachtung an Vollendung gewinnen **); soll die

*) Appellandi usus iniquitatem *judicantium* vel imperitiam corrigit. *L. 1. pr. D. de appell. et relat.*

**) Wenigstens in der Idee, die freilich schon zu Ulpians Zeiten nicht immer in der Wirklichkeit zugetroffen: . . . . licet (appellandi usus) nonnumquam bene latas sententias in pejus reformet; neque enim utique melius pronunciat, qui novissimus sententiam latus est. L. cit.

Partei, die in der ersten Instanz obgesiegt hat, aus Gründen der subjektiven Ansicht des Richters, und nicht wegen veränderter Gestalt der Materialien, in der zweiten unterliegen, also auch nicht um die Wohlthat einer Instanz kommen: so ist dieß nur erreichbar, wenn in der ersten Instanz Akten verhandelt worden sind, die in der zweiten zur Grundlage dienen. Aber auch da, wo eine neue Erörterung der Thatsachen nöthig ist, ist es wesentlich, das in der ersten Instanz Verhandelte vollständig zu kennen, um nicht Thatsachen, welche, sey es auch nur formal als richtig vorliegen, zum Gegenstand einer neuen Discussion zu machen. — So erscheint denn eine Form des Verfahrens, wo in jeder Instanz auf das bei ihr Verhandelte geurtheilt wird, und wo also eigentlich der nämliche Prozeß über den nämlichen Gegenstand nicht in zwei oder drei Instanzen, sondern in der Gestalt zweier oder dreier Prozesse, jeder vor einem andern Gericht verhandelt wird, — eine solche Form erscheint wenigstens nur unter ganz eigenen Ansichten als zweckmäßig.

Das mündliche Vorverfahren wird übrigens nur dann seinem Zweck entsprechen, wenn

1) das Faktum, soviel es nur immer seyn kann, getrennt vom Rechtspunkte behandelt wird. Wir haben hier, wie bei dem Syllogismus überhaupt, drei bestimmte kategorische Sätze; jeder derselben besteht für sich. Daß Cajus einen Vertrag geschlossen (terminus minor) ist in faktischer Rücksicht ganz unabhängig davon, daß derjenige, der einen Vertrag schließt, ihn erfüllen muß (term. major). Also stelle man nur erst fest, daß Cajus paciscirt habe, und übergehe, was rechtliche Folge ist, da es hier nur Verwirrung verursachen kann. Ferner fordere ich

2) daß die Anwälte, die als Bevollmächtigte abwesender Parteien erscheinen, vollständig informirt seyen. Es muß diese Informationseinziehung der Sachwalter eben so wenig vernachläßigt werden, als die Legitimation; man könnte sie eigentlich die materielle Legitimation zum Prozesse nennen. Der Anwalt darf sich daher in der Regel mit einer mangelnden Kenntniß des Faktums oder von seiner Partei erst noch einzuhohlenden Instruktion nicht entschuldigen, wie nach dem französischen Verfahren so häufig geschehen soll. (S. Seite 93.) Nur ausserordentliche Fälle und offenbar nicht vorherzusehende gegnerische Anführungen thatsächlicher Umstände können eine Ausnahme rechtfertigen.

Wir haben bisher betrachtet, wodurch ein vollständiges Gehör bedingt ist, und gehen nun zum zweiten Erforderniß oder zur Wechselseitigkeit. — Was schon aus der Schule bekannt ist, daß nämlich das Subjekt des Prozesses aus 3 Personen besteht: Kläger, Beklagter und Richter, das führt unmittelbar zu der Vorstellung von dem Wesen dieser wechselseitigen Wirksamkeit. Sie findet nämlich Statt

a) von Partei zu Partei vor dem Richter, damit nicht allein die Parteien einander verstehen, sondern auch, zum Behuf seiner Wirksamkeit ad b, der Richter sie; hievon ad II. nun sogleich mit mehrerem;

b) von dem Richter zu den Parteien; davon ad III.

Dort soll der Richter hören, was die Parteien vorbringen; hier die Parteien, und zwar diese 1) daß der Richter das ihm Vorgetragene verstanden, 2) daß und wie er entschieden. — Dieß sind Tendenz und Momente der Wechselseitigkeit, die ihrer Natur nach das Ge-

heime verschmäht, vielmehr auf Öffentlichkeit beruht. Betrachten wir sie nun etwas näher.

II. Wechselseitigkeit von Partei zu Partei vor dem Richter ist das zweite Erforderniß, und ohne selbige kein Verfahren denkbar. Sie ist die Bedingung der möglichen Vertheidigung, welche nothwendig eine genaue Kenntniß dessen voraussetzt, was der andere Theil vorgebracht hat. Durch diese Wechselseitigkeit des Vorbringens und der Vertheidigung dagegen wird also verhindert, daß der Richter nichts als wahr und ausgemacht bei der Subsumtion unter das Gesetz annehme, worin nicht beide Theile einverstanden sind. Dieß ist allein erreichbar durch Öffentlichkeit der Verhandlung. Bei dem schriftlichen Verfahren ist die Mittheilung des Schriftsatzes für den Zweck des wechselseitigen Gehörs hinreichend. Denn diese Schriften machen einen Theil der Akten aus, und von diesen gilt der Satz: quod non est in actis, non est in mundo. Wo aber dem mündlichen Verfahren mit Recht der Vorzug eingeräumt wird, da wird eine Einrichtung nothwendig, mittelst deren der Gegentheil durch den Sinn des Gehörs empfangen kann, was auf andere Art nicht vernehmbar ist, das mündliche Wort; und dieß ist dann Öffentlichkeit der Verhandlung.

Die Wechselseitigkeit von Partei zu Partei muß aber vor dem Richter erfolgen, weil die ganze Verhandlung überhaupt darauf berechnet ist, sich ihm vernehmbar zu machen, und ihn in den Stand zu setzen, den Forderungen zu genügen, wovon auf III. die Rede seyn wird.

Da es hier vollkommen hinreicht, wenn die Betheiligten und der Richter Kenntniß haben von dem was

Materiale der Entscheidung werden soll, also die relative Gerichtsöffentlichkeit genügt; so ist es für das juridische Wesen der Öffentlichkeit ganz gleichgültig, ob die Verhandlung, zugleich für den Zweck der absoluten Öffentlichkeit (S. 99.), unter freiem Himmel oder zwar in einem Gerichtszimmer, jedoch bei unverschlossenen Thüren vor sich geht, oder ob der Richter (wohlverstanden der erkennende Richter in der Ein- oder Mehrzahl) mit den Parteien und ihren Vertretern sich einschließt. Es versteht sich von selbst, daß von dieser Öffentlichkeit kein Akt des Verfahrens ausgeschlossen werden darf, mithin auch das Zeugenverhör nicht. Denn die Zeugen werden nicht um ihrer selbst, sondern um der Parteien willen vernommen; was sie aussagen, geht nicht sie, sondern diese an, und obgleich die Zeugen eben nicht gleichgültig dabei seyn werden, was der Richter als ihre Aussage zu Protokoll bringt, so hält doch ihr Interesse keinen Vergleich aus mit dem der Parteien. Wenn daher auch jene Bedenklichkeiten gegen die Vernehmung der Zeugen in Gegenwart der streitenden Theile noch so erheblich, und gewisse Unbequemlichkeiten dieser Maßregel, wie es freilich ist, nicht zu entfernen wären, so scheitern sie doch schon an den Eigenthümlichkeiten dieser Beweisart, überhaupt an der Folgerichtigkeit mit dem Grundsatze der Publizität. Selbst nach gemeinrechtlichem Verfahren ist diese Art der Vernehmung nicht zu umgehen, weil sonst auch die relativ negative Öffentlichkeit (S. 100.) nicht mit voller Wirkung Anwendung finden würde. In Preußen hat man wenigstens die Sachwalter zu den Zeugenverhören zugelassen; im übrigen Deutschland beruht alles auf der Gewissenhaftigkeit der fragenden Gerichtsperson. Wird sie auch so den Zeugen nicht reden lassen, wie sie will, so

wird sie ihn doch nur reden lassen, so lange sie will, wenn sie — gerade Eile hat.

Es ist schon wiederholt erinnert worden, daß die auf die Parteien beschränkte Öffentlichkeit des Verfahrens für den eigentlichen oder juridischen Zweck der Rechtspflege vollkommen hinreicht. Nur diejenigen, um deren Sache es sich handelt, durch welche der Prozeß sein Daseyn erhalten und welche die Befugniß haben, denselben in jedem Augenblick aufhören zu machen und so das Spektakel, wie auch immer das sich etwa bereits eingefundene hör- und schaulustige Publikum dabei sich geberden mag, für immer ungegeben zu lassen, — nur diese, die Parteien nämlich, haben das Recht, aber auch nur allein ein Interesse, zu verlangen, daß die Rechtssache öffentlich vor ihnen verhandelt und entschieden werde. Aus eben dem Grunde aber, daß es sich nur um das Ihrige handelt, haben sie auch ohne Zweifel das Recht zu fordern, daß ihre Anliegen, ihre Sorgen, ihre häuslichen und Familien-Angelegenheiten nicht zum Gegenstand eines öffentlichen Schauspiels gemacht werden für müssige Zuschauer, Schadenfrohe oder Spekulanten. Mag man immer einwenden, der rechtliche Mann brauche sich nicht zu scheuen, in sein Inneres schauen zu lassen. Niemand wird dieß bestreiten. Folgt denn aber daraus, daß er dazu auch vollkommen rechtlich verbunden ist? — daß der rechtliche Mann kein Geheimniß vor Andern haben dürfe? — Fordere man doch nur einmal den, der in seiner Geheimnißscheu jenen Einwand macht, in einem ähnlichen Fall auf, ein Gleiches zu beobachten, und sehe, wie geneigt er etwa seyn mag, in diese unnatürliche Forderung einzugehen, also was er dem Andern zumuthet, auch gegen sich selbst anwenden zu lassen. — Ob es politische Gründe geben

kann, die Kenntniß von dem Leben und Wesen eines Menschen, weil er deßhalb die Gerichte anzugehen vermüßigt ist, zum Gemeingut aller übrigen zu machen, lasse ich für jetzt unerörtert; ich werde darauf zurückkommen.

Daß die Öffentlichkeit für die Betheiligten hinreichend, die Forderung an eine absolute oder volksthümliche aber rechtlich nicht zu begründen sey, behaupte ich sogar im Criminalverfahren, wenn schon hier bey der Allgemeinheit der Betheiligung eine der Form nach der absoluten Öffentlichkeit ganz ähnliche relative Statt finden muß. Wenn wir uns nämlich fragen: was fordert die Möglichkeit der vollständigen Überzeugung der Betheiligten bei der Verhandlung und Entscheidung einer Rechtssache, oder die relative Gerichtsöffentlichkeit? so dringt sich uns sogleich ein wichtiger Unterschied zwischen dem Straf- und dem bürgerlichen Prozesse auf, will man anders versichert seyn, daß in jenem eben so gut wie in diesem, was verhandelt und entschieden worden, zur Kenntniß aller Betheiligten gelange. Im bürgerlichen Verfahren können sich alle Interessenten, wenn auch in Schriften verhandelt wird, zur Noth eine vollständige Kenntniß von dem Verhandelten verschaffen; sie dürfen sich nur die Akten vorlegen lassen. Aber für das ganze Publikum giebt es keine Akten, mithin fehlt auch dem Betheiligten die nothwendige Kenntniß der Entscheidungsmaterialien, und dieß also gerade da, wo es sich um des Lebens höchste Güter handelt. Diese Idee hat man bisher in dem deutschen Strafrechtsverfahren ganz bei Seite gesetzt, indem man den Begriff der Betheiligung zu enge nahm, bloß den Angeschuldigten als Partei betrachtete und nebenher allenfalls den Beleidigten. Allein damit ist die Betheiligung nicht erschöpft; jeder im Volke nimmt Theil

das ganze Publikum erscheint bei einem Strafrechtsfalle, wenn ich so sagen darf, als accessorischer Intervenient. Denn indem ein Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft beleidigt worden, wird diese selbst in den Zustand der Bedrohung versetzt, und eben so durch die Anschuldigung gegen eines ihrer Mitglieder, sofern dieses etwa schuldlos seyn sollte. Daher ist es in der That eine sehr ernste Angelegenheit des ganzen Volkes, daß der Verbrecher gestraft, der Unschuldige freigesprochen werde, und es ist ein ungleich stärkeres und heiligeres Interesse als das der müssigen Neugierde, was nach der täglichen Erfahrung jeden im Volke antreibt, wissen zu wollen, was wohl das Resultat dieses oder jenes Criminalfalles seyn werde, wie sich die Richter bei Erforschung der Wahrheit benommen haben, und ob sie nach den Gesetzen gerecht, also nicht etwa aus unrechtlichen Beweggründen zu strenge oder zu gelinde richten werden. Es ist also klar, was hier die Öffentlichkeit des Verfahrens fordert, damit jedem die Erkenntniß dessen, was vorgeht und wobei er also betheiligt ist, möglich sey.

Ganz anders erscheint das Verhältniß in bürgerlichen Rechtssachen, welche die zunächst Betheiligten auch nur ganz allein angehen, und woran das ganze übrige Publikum kein eigentliches Interesse, oder doch nur ein sehr entfernt mittelbares hat, auch schon durch die Art seiner Theilnahme an diesen bürgerlichen Händeln zur Genüge beweist, welche Bewandtniß es mit diesem seinen Interesse hat, sofern nicht unter diesem Publikum gewisse Individuen gedacht werden, welche "alienis rebus fortunisque inhiantes*)" aus den Rechtshändeln

*) Wie sie das bekannte Augustische Gesetz (l. 22. C. mandati) bezeichnet.

Anderer ihren Vortheil erspähen; Menschen, die besonders in gewissen Gegenden die Vorhallen der Gerichtshöfe belagern, von allem, was vorgeht, Kundschaft einziehen und sich so die mancherlei Nöthen und Anliegen der Rechtsuchenden, besonders der von ihren Gläubigern gedrängten Schuldner, zu Nutzen zu machen, auch sonst aus der Kenntniß der häuslichen und Familien-Verhältnisse der Streitenden nach Gelegenheit Vortheil zu ziehen suchen. Leicht erkennt man an diesem Bilde jenes verkrüppelte Volk, das sich einst das Volk Gottes nannte, heut zu Tage aber, wenigstens der großen Mehrzahl nach, schmutzig an Geist und Leib in der allgemeinen Verachtung nur Beweggründe gefunden zu haben scheint, sich dafür auf Kosten des Christenvolkes schadlos zu halten.

Während also im Strafrechtsverfahren die Sache selbst für die Einführung öffentlicher Verhandlung mit Zulassung des ganzen Volkes *) spricht, soweit es in unsern Gerichtssälen Raum finden mag, weil sonst die Betheiligten ausgeschlossen seyn würden, beschränkt sich die Öffentlichkeit in Civilsachen nur auf die Parteien.

Ich habe bisher darzuthun versucht, daß die Vollständigkeit des rechtlichen Gehörs bedingt ist durch Mündlichkeit des Verfahrens, und die Wechselseitigkeit zwischen Partei und Partei durch Öffentlichkeit. Handelt es sich mit diesen Bedingungen einer zweckmäßigen Rechtspflege auch nicht um Abschaffung offenbarer Zweckwidrigkeiten, nicht um Einführung eines geordneten statt

*) Eine Spur hievon hat sich noch bis fast zu unsern Zeiten in der Hegung des sogenannten hochnothpeinlichen Halsgerichts erhalten.

eines ganz regellosen und vernunftwidrigen Verfahrens, was zur Schmach der deutschen Justiz wohl niemand behaupten wird; handelt es sich vielmehr nur um Grade der Vollkommenheit: so ist es schon genug zur Verpflichtung der Staatsfürsorge, sich nicht bei einer Justizverwaltung als vermeintlich vollkommen oder wenigstens gut genug, zu beruhigen, an der so manches zu wünschen übrig ist, wie an unserer bisherigen; bei einer Justizverwaltung, die nur allenfalls noch erträglich ist, oder unter einem Zusammentreffen von Umständen, welche bloß als Ausnahmen von der Regel gelten können, das leistet, was sie unter allen Umständen leisten soll. Wenn die Richter streng unparteiische, thätige, rechts- und geschäftskundige Männer sind, die Parteien geschäftsgewandt und vorsichtig, die Advokaten von Kopf und Herz wie sie seyn sollten: so kann freilich wohl auch mit dem gemeinen deutschen Rechtsverfahren recht gut Recht und Gerechtigkeit gehandhabt werden. Allein unter solchen Voraussetzungen ließe sich auch behaupten, ja mit solchen Gründen, von zufälligen persönlichen Eigenschaften auch beweisen, daß man nicht einmal eine Prozeßordnung brauche. Bestimmte Verfassungen bestehen eben gerade darum, das Bestehen des bürgerlichen Vereins nicht von einem glücklichen Zufall abhängig zu machen; sie bestehen, um dem subjektiv bösen Willen auch selbst in der Möglichkeit einen Zügel anzulegen, und auch gegen Irrthümer und Schwachheiten zu sichern, so weit dieß der menschlichen Fürsorge überhaupt möglich ist. Und so ist denn auch das Gute nicht mehr gut genug, wenn es etwas Besseres giebt. Wer hat übrigens, wenn er bereits länger in einem öffentlichen Amte und namentlich auf dem Posten eines Unterrichters gestanden, nicht schon die Erfahrung gemacht, daß bei gewissen Parteien der Argwohn gewöhnlich erst hinterher

kommt. So manche streitende Partei hat während der Instruktion des Prozesses alles in der schönsten Ordnung gefunden; es ist ihr nicht eingefallen, in die Legalität des Verfahrens irgend Zweifel zu setzen. Erst wenn darauf eine ihr ungünstige Entscheidung erfolgte, fand sie in diesem und in jenem Stoff zu argwöhnischen Gedanken. Wäre es aber auch nichts als Argwohn, so würde dieß schon Institutionen eines Mangels an Vollendung zeihen, welche vornämlich dazu bestimmt sind, das Vertrauen, dieses mächtige Band des gesellschaftlichen Vereins im Staate, zu befestigen, und den Glauben an eine waltende Gerechtigkeit im Volke allgemeiner zu machen; und dieß soll denn namentlich die Öffentlichkeit des Verfahrens. Auch Vorurtheile muß man nicht gänzlich verachten, auch den bösen Schein nach einer alten Regel vermeiden, wo man kann, überhaupt nicht zu stolz auf das bessere Selbstbewußtseyn seyn *).

Was ich bisher als Warnung gegen blinde Anhänglichkeit an das Alte und gegen Vernachlässigung des Neuern, wenn es als das Bessere die Prüfung besteht, gesagt habe, findet auch seine Anwendung auf das Erforderniß, von dem nun die Rede seyn soll.

III. Die Öffentlichkeit ist die Bedingung der Wechselseitigkeit im Verkehre der Parteien und zwar von Partei zu Partei gegenüber dem Richter als Hö-

*) Nimmt die Verborgenheit der Gerechtigkeit auch nichts von ihrem innern Wesen, so entzieht sie ihr wenigstens viel oder alles in der Meinung. Bedarf die Gerechtigkeit gleich nicht der Öffentlichkeit, um gerecht zu seyn, so bedarf sie derselben gleichwohl, um nicht, selbst wo sie nur gerecht ist, ungerecht zu scheinen. v. Feuerbach S. 91.

rer, wie wir bisher gezeigt haben; aber auch, wie nun gezeigt werden soll, gegen über dem Richter als Recht Sprechenden, zu dem Zwecke der Überzeugung von einer rechtlichen Entscheidung des streitigen Falles. Hier sind nun Maßregeln erforderlich, die zur Überzeugung der Parteien führen,

A) der Richter habe das unter das Gesetz zu subsumirende Faktum richtig aufgefaßt,

B) es sey wirklich richterlicher Ausspruch, was als solcher den Parteien verkündigt wird.

Hier ist es, wo der Richter eigentlich in seine Sphäre tritt. Bis hieher hat er bloß gehört, jetzt soll er sprechen. Ich verlange aber von dem erkennenden Richter zwei verschiedene Thätigkeits-Äusserungen, die den erst bemerkten Forderungen entsprechen:

1) einen Ausspruch des Faktums, um der Forderung auf A. zu genügen; er soll die Parteien vergewissern, er habe sie richtig verstanden, ehe er auf B. erkennt, oder

2) den Ausspruch des Rechts thut.

Wir wollen beide Forderungen nun näher in das Auge fassen.

Auf A. Wenn die Parteien überzeugt werden sollen, daß der Richter, also bei einem Collegium von Richtern alle Mitglieder, welche abstimmen, das Faktum richtig aufgefaßt haben; so ist dieß gerade diejenige Partie in unsern bisherigen Gerichtsordnungen, welche am meisten vernachlässigt worden ist. Und doch spricht die Vernunft diese Forderung so laut aus, daß es kaum nöthig erscheint, noch etwas weiter darüber zu sagen.

Bei jedem Rechtsstreit ist die Entscheidung der Haupt- und Endzweck aller Operationen, und die Vorträge sowie die ganze Instruktion verhalten sich zu demselben nur wie Mittel. Da es nicht bloß darauf ankommt, daß entschieden werde, sondern vor allen Dingen wie? ob gerecht oder ungerecht, vernünftig oder unvernünftig; da ferner alle scheinbar noch so zweckmäßige Vorbereitung der Entscheidung ihren Zweck verfehlt, wenn man sich nicht überzeugen kann, daß der Richter die ihm an die Hand gegebenen Mittel auch gehörig benutzt habe: so leuchtet es ein, daß die Überzeugung, der Richter habe mit deutlicher Vorstellung von dem Falle entschieden, überaus interessant ist. Allein für diese Überzeugung ist in Deutschland gar wenig, und auch in Frankreich bei weitem nicht genug gethan. Denn weder der schriftliche Vortrag der Sachverhältnisse gegenüber einem flüchtigen und leichtfertigen Leser, noch weniger aber der mündliche Vortrag gegenüber einem zerstreuten und unaufmerksamen Zuhörer enthält die Gewährschaft, daß der Richter das von ihm unter das Gesetz zu subsumirende Faktum richtig aufgefaßt habe. Denn wenn er bei der schriftlichen Darstellung nur flüchtig oder rhapsodisch liest, so ist das Höchste, was stylistische Kunst zu leisten vermag, vergeblich aufgewendet; und wenn er bei der mündlichen Rede nicht aufgemerkt hat, so mögen die Parteien und deren Sachwalter über ihre Sache mit Engelszungen vor ihm geredet haben, der Referent mag alles, was ein faßlicher, klarer und zugleich angenehmer Vortrag fordert, erschöpft haben: ihre ganze Kunst ist so eitel und vergeblich, wie eine Symphonie vor einem Stocktauben, wenn gleich im übrigen alle Welt zur Bewunderung sich hingerissen fühlt. — Ich würde also das Verhältniß anders stellen; nicht die Partei soll bei dem

in ihrer Gegenwart erfolgenden Vortrage des Rechtsfalles nach Befinden von den Richtern gefragt werden, wenigstens nicht allein, sondern sie soll die einzelnen Votanten fragen, ob und wie sie den Fall sich vorstellen? Weil indessen dieses Fragen nicht ganz schicklich und passend seyn möchte, so soll schon von Amtswegen, Kraft des Gesetzes, jedes stimmende Gerichtsmitglied, das Faktum, wie es sich solches aus dem Vorbringen der Parteien und dem Vortrage des Berichtserstatters gebildet hat, wenigstens nach seinen Hauptmomenten öffentlich aussprechen, oder in einem kurzen Résumé vortragen. Nur so erlangt man die Gewißheit, daß der Votant weiß, wovon eigentlich die Rede ist, und daß er mit vollständiger Kenntniß des Falles seine Stimme abgiebt. Aber man ist dadurch auch allein versichert, daß jeder Richter nach seiner gewissenhaften Überzeugung, ohne allen rechtsfremdartigen Einfluß, seine Stimme abgegeben habe, weil sonst der Widerspruch der Conclusion mit den Prämissen handgreiflich seyn, das non valet consequentia seinem Votum an der Stirne stehen würde.

Nach diesem Vortragsakte, der sich lediglich auf das thatsächliche Verhältniß beschränkt, wird zum Akte der Subsumtion geschritten, und wie jener öffentlich ist, so ist dieser geheim und muß es seyn; die Richter entfernen sich in das Berathungszimmer, und treten dann erst wieder hervor, wenn sie, (nach dem alten Gerichtsstyle zu sprechen) das Urtheil gefunden haben, das sie nun einzeln aussprechen *). — Schon im gewöhnlichen Le-

*) Daß Berathung und Abstimmung zwei ganz verschiedene Dinge sind, daß jene ihrer Natur nach geheim, diese dagegen ihrem Zwecke gemäß öffentlich erfolgen muß, hat

Leben befolgen wir eine Maxime, die der hier empfohlenen ähnlich ist, wenn wir jemand einen mündlichen Auftrag machen. Wir halten uns überzeugt, daß der deutlichste Vortrag unserer Gedanken uns keine sichere Bürgschaft leistet, es habe uns der Andere richtig verstanden. Wir fragen ihn aber nicht bloß, ob er uns verstanden? und begnügen uns mit seinem Ja! sondern wenn die Sache wichtig ist, oder verwickelt, wenn wir in seine Aufmerksamkeit oder in sein Fassungsvermögen, oder seine Sprachkenntniß Zweifel setzen, so fordern wir ihn auf: er solle uns sagen, was wir ihm vorgesagt, wie er seinen Auftrag ausrichten wolle u. s. w.

In der That, und wenn wir nur einen Augenblick darüber nachdenken, erscheint uns diese Operation offenbar als eine der wesentlichsten im ganzen Rechtsverfahren, als diejenige, bei deren Beobachtung manches der übrigen Sicherungsmittel allenfalls entbehrt werden kann, es sogar wohl gleichgültig seyn möchte, wie der Richter zur Erkenntniß der Entscheidungsmaterialien gekommen, ob im übrigen mündlich oder schriftlich, öffentlich oder geheim verfahren worden.

Auf B. Das zweite ist, daß die Betheiligten überzeugt werden sollen, es sey wirklich richterlicher Ausspruch, was als solcher ihnen verkündigt worden. Dieß ist bei dem Ausspruch eines einzelnen Richters zwar nie, kann aber bei einem Collegium von Richtern oft sehr zweifelhaft seyn. Denn soll der Beschluß,

hat der geistreiche Verfasser der Betrachtungen über die Oeffentlichkeit ꝛc. von Feuerbach mit gewohnter Klarheit S. 125. ff. gezeigt, so daß jeder Versuch, etwas weiter dafür zu sagen, überflüssig seyn würde.

der als Entscheidung gelten soll, zu Recht bestehen, so muß er nach den Formen der Collegialität gefaßt seyn. Die Richter müssen daher nicht in Geheim abstimmen *), sondern laut und öffentlich, so daß jeder der Betheiligten selbst den Beschluß nach dem Stimmenausfall formiren kann, ohne sich dießfalls wieder der Diskretion des Collegialvorstandes, der nach der Stimmenmehrheit den Schluß aussprechen soll, zu überlassen. Wollen wir aber überreden, daß an eine Illegalität hier zu glauben Versündigung an der Ehre und Pflicht des Mannes seyn würde, den der Staat auf diesen Platz gesetzt hat; so sind wir kraft dieses seligmachenden Köhlerglaubens auch befugt, alle Vorsichtsmaßregeln und Controlen gegen Willkühr, überhaupt gegen positiv- und negativbösen Willen der Richter, aus unsern Gerichts- und Prozeßordnungen vornweg auszustreichen. Überdieß ist die parteiliche Gegenaufsicht schon um deßwillen zu empfehlen, weil ihr das eigene Interesse eine Schärfe giebt, die man wohl von der, durch das Alltägliche des Berufs des officiellen Aufsehers wenigstens nicht gekräftigten Amtspflicht nicht zu erwarten berechtigt ist, oder um

*) "Wenn das Gericht (S. 119. a. d. O.) nach beendigtem Vortrage aus der Öffentlichkeit in die Verborgenheit sich zurückzieht, um hier nicht bloß über zweifelhafte Fälle sich zu berathen, sondern auch abzustimmen, und nach der Mehrheit das Urtheil zu schopfen, das dann nur öffentlich zu verkünden ist, so bedarf dieß starker Beweise, theils um sich gegen das Beispiel älterer Zeiten und anderer Völker zu rechtfertigen, theils um den Verstand mit der befremdenden Seltsamkeit einer öffentlichen Justiz zu versöhnen, die gerade dann, wann sie als Justiz handelt, nicht öffentlich erscheint."

Ausnahmsweise. Selbst der Wille, und damit auch in ihrer Art die Kraft des Mannes, der öffentlich seine Meinung sagen muß und sich nicht hinter dem Bollwerk des Collegialgeheimnisses verbergen kann, wird gestärkt; er muß sich nun wohl zusammen nehmen, da er es nicht mehr bloß mit nachsichtigen Collegen zu thun hat, und er wird es auch. So manche Geistes-, vielleicht sogar Willens-Schwachheit wird bei der geheimen Abstimmung mit einem leichten Schleier bedeckt; bei dem Alltäglichen verliert sich wohl der Reiz des Schauens, und erscheint die Blöße nur nicht gar zu auffallend und in einem ganz grellen Lichte, so kann der Mann sicher seyn, nicht prostituirt zu werden; er wird es wenigstens nicht öffentlich werden. Dieß ist nun ganz anders bei der öffentlichen Abstimmung. Die Augen der Parteien und ihrer Sachwalter wollen sehen, und können sehen; man ist wenigstens nicht sicher, daß sie es nicht können. Die Besorgniß aber, daß der öffentlich zu stimmen verpflichtete Richter mehr veranlaßt sey, das Ansehen der Person zu scheuen, ist eben so unwürdig, als genau betrachtet auch grundlos. Von der Unwürdigkeit der Menschenfurcht will ich hier nichts sagen; wer sie nicht kennt, der braucht diese Erinnerung nicht, und wer sie hat, den wird es auch nicht bessern, man mag ihm noch so lange und viel von der Würde des Richteramts und des Richters ohne Furcht und Tadel vorsagen. Ich bleibe also bei dieser Besorgniß nur von der Seite ihrer Grundlosigkeit stehen; und hier frage ich: kann denn dieser Furchtsame, wie ein Proteus nach Belieben seine Gestalt ändern? Erscheint er nicht vor aller Welt, also auch vor dem, der den Prozeß verloren und den er darum scheuen zu müssen glaubt, als Mitglied des nämlichen Gerichts, welches das fatale Urtheil gesprochen hat, gesetzt daß er auch ausser seinen Collegen und den vier

Wänden des Sessionszimmers keinen Zeugen hat? Kann er dieß aber nicht ändern, wird man ihm, wenn er auch, erbärmlich genug, sich weißbrennen wollte, glauben, daß er überstimmt worden? — weil er es sagt? Da übrigens immer nur ein Theil Recht bekommen kann, und zufällig der Gewinnende wie der Verlierende Personen seyn können, die er zu scheuen Ursache haben mag, wie wird er sich bei diesem Dilemma benehmen? — Doch die Sache ist gar zu armselig und schlecht, als daß man länger dabei verweilen sollte.

Werfen wir auf das bisher Erörterte einen recapitulirenden Blick, so finden wir folgende Resultate.

1) Es giebt eine absolute und eine relative Gerichtsöffentlichkeit; jene für das ganze Publikum, diese bloß für die Betheiligten. (S. 99.)

2) Die relative Öffentlichkeit ist von zweifacher Art: bloß negativ oder positiv, jenachdem sie rücksichtlich dessen was verhandelt und entschieden wird, die Kenntniß der Parteien nur nicht hindert, oder sie befördert. Jenes ist die Öffentlichkeit nach dem gemeinen deutschen Verfahren, soweit sie von diesem behauptet wird. (S. 100.)

3) Juridisch betrachtet ist die relative Öffentlichkeit genügend, nur muß sie die positive seyn.

4) Der Zweck der Öffentlichkeit im juridischen Sinne und der damit innig verbundenen Mündlichkeit geht auf Befriedigung folgender Forderungen, wodurch eine vollkommene Rechtspflege bedingt ist:

1. Vollständigkeit. (S. 111. ff.) Es muß den Parteien möglich gemacht werden, ihre Sache dem Rich-

ter so vorzutragen, daß er davon im Ganzen sowohl als in den einzelnen Theilen genaue Kenntniß erlange, also unmittelbar, von Person zu Person oder mündlich. Daher ist Mündlichkeit des Verfahrens Bedingung dieser Vollständigkeit, indem ohne sie besonders bei einem Collegium von Richtern eine vollständige Mittheilung unerreichbar ist. Es ist gezeigt worden, daß hierin das Criterium der Nothwendigkeit öffentlicher mündlicher Wechselwirkung zwischen Parteien und Richtern besteht; daß überhaupt die mündliche Gedankenmittheilung vor der schriftlichen zwei wesentliche Vorzüge habe: 1) den des schnellern Gedankenwechsels zur Berichtigung und Vereinigung widerstreitender Vorstellungen, wo bald die Gesprächs- bald die feierliche Redeform eintritt, je nachdem Untersuchung oder Rechtsausführung der Zweck ist. (S. 120. 124. ff.) 2) den des leichtern Auffassens von Mehreren zugleich. (S. 120. ff.)

II. Wechselseitigkeit des Gehörs ist das zweite Erforderniß, und sie beruht auf Öffentlichkeit. (S. 134. ff.) Diese Wechselseitigkeit von Partei zu Partei — Bedingung der möglichen Vertheidigung — gegenüber dem Richter als Hörenden erfordert aber andere Modifikationen der Öffentlichkeit im bürgerlichen, andere im peinlichen Verfahren.

III. Wechselseitigkeit gegenüber dem Richter als Sprechenden ist das dritte Erforderniß. (S. 141.) Sie soll die Gewährschaft leisten, daß 1) der rechtsprechende Richter die Partei verstanden, es ihm also möglich gewesen, recht zu entscheiden; 2) daß die Partei den Richter verstanden, oder daß das, was sein Ausspruch seyn soll, keinen Zweifel der Integrität übrig lasse. Diesen Forderungen entspricht ad 1. öffentli-

cher Vortrag (Ausspruch des Faktums), ad 2. öffentliche Abstimmung (Ausspruch des Rechts).

Nachdem ich bisher zu zeigen mich bemüht habe, daß die Öffentlichkeit vor den Betheiligten die juridischen Forderungen einer guten Rechtspflege vollkommen befriedige, so ist mir noch übrig, mit wenigem zu untersuchen, wiefern die absolute Öffentlichkeit von politischer Seite eine Forderung an die Gesetzgebung ist.

Die Öffentlichkeit des Verfahrens soll nicht bloß eine solide Rechtspflege in concreto sichern, sie soll, (so will man es) auch eine Volksbildungsanstalt zur Erweckung des Gemeingeistes, zur Belebung des Rechtssinnes, zur Verbreitung der Rechtskenntniß und zur Übung in der Beredsamkeit werden. Ja sie wirke, sagt man, sogar für die Rechtspflege im concreten Falle; denn die Richter würden in der Menge der Zuschauer einen Beweggrund mehr finden, sich eines gründlichen und gerechten Ausspruchs zu befleißigen.

Ich fange mit dem zuletzt bemerkten an. Es hat eine schöne Seite, wenn man sagt, "das Publikum ist gegenwärtig, wenn das Tribunal entscheidet; es unterhält und schärft die Aufmerksamkeit des Richters; es bewacht ihn; wer wollte vor den Augen so vieler ungerecht sprechen?" und was dergleichen schöne Bilder mehr sind. Allein näher betrachtet erscheint uns hier vieles als Tand, der nur in den Augen der Unwissenden Werth hat. Dieses Publikum, ohne Sach- und Rechtskenntniß, größtentheils aus der niedersten Volksclasse, wird wahrlich eine schlechte Wache abgeben gegen einen

Richter, der sonst keine Gründe gegen das Unrecht kennt, als die Furcht vor diesen Aufsehern und Wächtern.

Aber als Bildungsanstalt betrachtet, sollte sie da nicht von heilsamer Wirkung seyn diese Öffentlichkeit vor dem ganzen Publikum? Von Seite der Spekulation läßt sich manches dafür sagen; ob aber die Erfahrung damit übereinstimmt, das müssen hauptsächlich die Erfolge in den Gegenden zeigen, wo dieses öffentliche Verfahren besteht, und diese Erfolge müssen uns treu, ohne den Fehler der Erschleichung und ohne Selbsttäuschung über die Ursache mitgetheilt werden. Soviel mancher Andere äusser mir von der Sache einzusehen und zu begreifen vermag, bleibt es, übrigens abgesehen von der rechtlichen Zulässigkeit der Maßregel noch immer ein erheblicher Zweifel, ob auch der Gewinn wirklich so bedeutend ist, als man gewöhnlich glaubt. Ich sage abgesehen von der rechtlichen Zulässigkeit der Maßregel, und diese ist so ganz und gar ausgemacht eben noch nicht. Zwar die Befugniß läßt sich dem Staate nicht bestreiten, Angelegenheiten, die einen Gegenstand des öffentlichen Rechts ausmachen, also namentlich das Verfahren in Strafrechtssachen auch in dem gegebenen Sinne öffentlich behandeln zu lassen; der Staat hat wohl sogar die Verbindlichkeit hiezu, weil es, wie vorhin schon erinnert worden, auch von juridischer Seite wesentlich ist, die Form zu beobachten. Auch findet die Beredsamkeit hier einen ihrer würdigen Stoff. Ganz anders aber erscheint die Sache, wenn die Frage entsteht: ist der Staat befugt, die Privatangelegenheiten seiner Bürger vor den Anblick des Publikums zu ziehen, damit man daran sich lehre, auch wohl Beispiel nehme, also sie als Mittel für fremde Zwecke zu benutzen? Dieß wird man billig verneinen

müssen. Denn man könnte mit den für die bejahende Meinung angeführten Gründen wohl auch darthun, daß der Staat zum Besten der Heilkunde die todten und lebendigen Körper seiner Bürger Preis zu geben Fug und Macht habe, und zwar, was die Heilung der noch lebenden anlangt, nicht bloß, wie bei den öffentlichen Kuhpockenimpfungen, zur Erleichterung und Controle des Heilungsprozesses, sondern selbst der medicinischen Bildung wegen. Das könnte denn wohl am Ende leicht dahin ausgedehnt werden, daß der Kranke und ob und wie bald er wieder gesund wird, fast nur so gleichsam als Nebensache, der Gewinn für die Arzneikunde aber als Hauptsache erscheint, wobei man denn unwillkührlich an die seltsame Vorstellung jenes Arztes erinnert wird, der ein wohlerworbenes Recht auf die Kur des Patienten zu haben behauptete, kraft dessen dieser eigentlich ohne seine, des Arztes, Zustimmung sich gar nicht für wiedergenesen halten dürfe. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so bleibt ja immer noch die Hauptfrage übrig: nützt dieses Mittel für seinen Zweck? Hierauf ist, wenn man die Sache mit Ruhe betrachtet, zu antworten: für die Gesetzkunde wohl wenig, wenn man sich nicht unter den Zuhörern Männer von Metier denkt. Die Übrigen werden sich wohl an diesem Feuer nicht sonderlich wärmen; sie werden mit den da aufgeschnappten Brocken so wenig die Gesetzkunde sich zu eigen machen, als unsere Bogenschreiber mit Jahre langem Abschreiben von Prozeßdeduktionen, oder unsere Gerichts- und Canzleidiener durch das, was sie gelegenheitlich ihrer Subalternverrichtungen in dem Tempel der Themis von deren Mysterien zu vernehmen Gelegenheit haben. Wohl aber wird die Zahl der eingebildeten Halbwisser und Pfuscher sich vermehren, die der Rechtspflege gerade so nützen, wie die sogenannten medicinischen Bader der Heilkun-

he. — Betrachten wir aber die Ausbeute für die Erweckung des Gemeingeistes und die Bildung in der Beredsamkeit, so drängt sich uns ja sofort die Frage auf: was in aller Welt lassen sich aus den Privatrechtsstreiten und deren Verhandlung vor Gericht an sich schon für Aufklärungen in Beziehung auf die Ideen und Theorien des öffentlichen Rechts erwarten? Wie wird sich, wenn auch das Publikum dingpflichtig gemacht werden könnte, wenn es zusehen und zuhören müßte, und hier nicht, wie aus langer Weile und Gewohnheit in die Predigt, eben so in die gerichtlichen Audienzsäle ginge, — wie wird sich der Gemeingeist und der Sinn für öffentliches Recht an dem Streit über Kunzens Rein, oder an dem Prozesse der Nimmersattischen Erben pto. collationis kräftigen? Und welchen würdigen, ja selbst nur anziehenden Stoff würde selbst Cicero's Genie und Quinctilians Kunst in der Klagsache der Gemeinde zu X wider den Einödshofbesitzer zu Y in Betreff der Schafhut, oder in der Irrung über des Nachbars Miststätte aufzufinden vermögen? — Sehen wir aber auf den Gewinn der Beredsamkeit in bürgerlichen Rechtshändeln (ich bleibe immer nur bei diesen stehen) welche ärmliche Ausbeute und also welch schlechter Reiz für den, der sich ihr widmen soll? Die behauptete Verletzung über die Hälfte ist keine Verletzung, die der Richter beachtet, wenn sie nach den Berechnungen der Sachverständigen nur einen Gulden unter der Hälfte steht, und mag sich auch der Advokat Stiefel den Hals abschreien. Eben so wird der enterbte Sohn das väterliche Testament umstoßen, wenn der Sachwalter der Testamentserben keine von jenen 14 Enterbungsursachen darzuthun vermag, gesetzt daß er auch mit aller Kunst der Rede das tiefgerührte Publikum sammt den Richtern zur Überzeugung brächte,

daß der Sohn den alten Mann wirklich liehlos und miserabel behandelt habe.

Ich kann nicht umhin, die treffenden Worte v. Feuerbachs *) hier zu wiederhohlen, wovor es wohl Manchem wie Schuppen von den Augen fallen möchte: *gesetzt auch alle unsere Sprecher erschienen mit den Kräften eines Perikles, so würden sie theils wegen der Natur unsrer Rechtssachen, theils wegen der Beschaffenheit unsrer Gerichte und des Amtscharakters der Richter, sehr bald entweder an der Gelegenheit zum Gebrauch, oder am siegenden Erfolg des Gebrauchs jener Kräfte verzweifeln. Jene Sachen sind meistens von der Art, daß es eher möglich wäre, aus einem Schwamme Feuer zu schlagen, als durch die Macht der Rede an ihnen das Feuer der Leidenschaften anzuzünden. Was übervorallem andern in Betrachtung kommt, ist, daß die Reden der Alten, welche jene Wunder verrichtet, nicht vor Richtern gehalten wurden, welche, wie die unsrigen, bloß darauf beschränkt sind, einen gegebenen Fall nach einem gegebenen Gesetze zu beurtheilen. Das Volk, das in seiner Gesammtheit oder durch Abgeordnete entweder selbst entschied, oder die Richterstühle seiner Magistrate umdrängte, war zugleich der Inhaber der Majestät, der gesetzgebende Herr und Begnadiger; und mit den Pflichten des Richters, welcher als solcher nur unter dem Gesetze steht, vermischte sich ganz natürlich das Recht eines über dem Gesetze stehenden Oberherrn, wenigstens die schuldige Rücksicht auf dessen Willen, welcher sich durch die öffentliche Meinung oder in Zeichen des Beifalls oder

*) Betrachtungen ꝛc. S. 267.

des Widerwillens der umstehenden Menge zu erkennen gab. Ein verurtheilendes Erkenntniß war folglich eben so oft ein bloßer Machtspruch als das lossprechende eine Begnadigungsakte in Form eines Urtheils: ohne daß es der Entscheidung anzusehen war, ob sie aus dem Gesetz oder aus dem souverainen Willen komme, ob reine Rechtsgründe oder andere bewegende Ursachen sie bestimmt hatten, und ohne daß, bei jenem Verschmelzen und Ineinandergreifen der Gewalten, eine deutliche Grenze das Ende der einen und den Anfang der andern bezeichnet hätte." — Indessen bemerkt der Herr Verfasser dieser Betrachtungen weiter, daß auch bei den Alten die Beredsamkeit der Sachwalter hauptsächlich nur in peinlichen Sachen ihren Stoff fand, nicht in bürgerlichen.

Es sey mir zum Schlusse dieser Abhandlung vergönnt, den Gründen, womit die oft angeführte von Feuerbachische Schrift S. 159. ff. die absolute oder volksthümliche Gerichtsöffentlichkeit in Schutz nimmt, einige Gegengründe entgegen zu stellen.

Das Publikum, heißt es hier, erscheint theils A) aus eigenem Recht, um seiner selbst willen, theils B) um der Rechte der Partesen willen.

Was auf A) S. 167. von dem Verfahren in Strafsachen gesagt wird, theile ich unbedingt, wie man aus dem vorhin Gesagten weiß. Ich würde daher ebenfalls für den Fall, daß niemand von dem Rechte des freien Zutritts bei den zur Publicität geeigneten Strafverhandlungen Gebrauch machen wollte, die Einrichtung in Vorschlag bringen, daß eine bestimmte Anzahl von den Gerichtseingesessenen, Männer von anerkannter Rechtschaf-

fenheit und den erforderlichen Geistesfähigkeiten, als Gerichtszeugen gegenwärtig seyn müßten, wozu allenfalls die Gemeindeausschüsse der Reihe nach zu verpflichten wären, da ihre Wahl ohnehin das Vertrauen auf die nöthigen Eigenschaften derselben rechtfertigt.

Anders erscheint mir aber die Sache im Civilrechtsverfahren, wie ich oben schon zu zeigen versucht habe. Daß es ein Ausfluß verfassungsmäßiger Rechte sey, daß dem ganzen Volke eine Kenntniß von den Rechtssachen seiner Mitglieder in ihrem Privatverhältnisse verschafft werde, hat schon um deßwillen vieles gegen sich, weil es hier recht eigentlich nur Rechte der Einzelnen gilt, die nur in so fern irgend eine Beschränkung aus dem Staatsverbande leiden sollen, als dieses nothwendige Bedingung dieses Verbandes ist. Ausserdem muß die Rechtsfreiheit jedes Einzelnen ein heiliges, unantastbares Gut seyn, und "wenn es, wie S. 185 treffend gesagt ist, nur eine Grille wäre, meine Privatgeschäfte, für die ich bloß eines Richters bedarf, der Neugier und dem Gerede meiner Mitbürger nicht Preis zu geben; so muß in einem Staate, welcher eine rechtliche Freiheit anerkennt, jene Grille eben soviel gelten, als der allerverständigste Gedanke." — Was in Sachen N. wider N. verhandelt und entschieden wird, darum hat sich ausser den Parteien und den Richtern kein Mensch in der Welt zu bekümmern, und wir kommen, wenn wir eine andere, als die unmittelbar aus dem streitigen Rechte folgende Betheiligung annehmen, und daraus ein Theilnahmsrecht an dem Streite postuliren, unvermeidlich in Widerspruche mit Grundsätzen, worauf das ganze Gebäude eines aus der Vernunft abgeleiteten Prozeßrechts beruht. Denn wir nehmen hier, wo nicht von der Rechtspflege überhaupt, sondern von

der Rechtspflege in concreto die Rede ist, als Parteien an, welche dergleichen nur in dem uneigentlichsten Sinne sind. Erst wenn die Parteien selbst sich veranlaßt fänden, gleichsam den Schutz und die vormundschaftliche Fürsorge der übrigen Mitbürger so weit dieß überhaupt im verfassungsmäßigen Wege angeht, anzusprechen, könnte für das Volk eine Verpflichtung eintreten, welcher dann freilich wieder das Recht correspondirt, alles was Bedingung der Leistung jener Pflicht ist, zu fordern. Nehmen wir aber an, daß das Volk unaufgefordert sich einer dergleichen Fürsorge anmassen dürfe, so würden wir nothwendig vorher die Aufdringung einer Wohlthat und eine Fürsorge über selbstständige Wesen rechtfertigen müssen, was doch widersprechend ist.

Aber hier soll nicht von einer Verpflichtung für die Parteien die Rede seyn, wovon hernach auf B. gehandelt werden wird, sondern von einem eigenen Rechte des ganzen Volks. Jeder im Volke soll nämlich nach dem Grundsatze heute dir, morgen mir, sicher seyn, daß die Gerichte verfassungsmäßig verfahren, und darüber soll er die Gewißheit in concreto zu schöpfen befugt seyn, um, wenn er dazu Anlaß findet, das Recht der Beschwerdeführung geltend machen zu können.

Ich will hier nicht über die Beschaffenheit und das Praktische dieses Interesse streiten, das wohl jeder in einem ihn selbst betreffenden Fall am besten geltend macht; auch gehe ich hinweg über die Collision, die bei dieser Interventio quasi principalis in Beziehung auf die Dispositionsfreiheit der vogtbaren Rechtsuchenden im concreten Falle doch wohl unvermeidlich seyn möchte. Ich behaupte bloß soviel: wenn nur erst jene hochherzi-

gen Ideen in dem Volke erwachen, Kraft deren es aus innerem Rechtsgefühle, Gemeingeist und Patriotismus mit Verschmähung selbstischer Vortheile die Funktionen übernimmt, wozu die volksthümliche Öffentlichkeit den Anstoß geben soll, aber, wie die Sachen in der Wirklichkeit stehen, leider nicht giebt, wie hernach bemerkt werden wird: so wird es dazu nicht an dringender Veranlassung und Gelegenheit fehlen. Man wird nicht nöthig haben, zu einer Institution seine Zuflucht zu nehmen, die nach dem, in der That mit großer Liberalität und Wahrheitsliebe von dem hochherzigen Verfasser der vorliegenden Betrachtungen ausgeführten Zweifelsgründen — unpraktisch ist; zu einer Institution, welche, groß und herrlich in der Idee, an der Unvollkommenheit der Menschen scheitert, und so nur noch die Nachtheile erscheinen läßt, die man bei einer vollkommenen Verwaltung derselben entweder nicht wahrgenommen oder gern übersehen haben würde. Ich sage: dem Manne, der für Recht und Ordnung begeistert, und mit Verschmähung einer engherzigen Denkungsart und mancher Vortheile der Gleichgültigkeit gegen das, was ihn nicht selbst drückt, geneigt ist, seine dienstfreundliche Hand für Anderer Wohl zu reichen, — diesem wird es nicht an Gelegenheit fehlen, seine nützlichen Dienste für das gekränkte Recht und die verfolgte Unschuld geltend zu machen, und für Wahrheit und Recht in die Schranken zu treten, hat er anders das Talent von der Vorsehung dazu erhalten; denn hat er freilich das nicht, so wird er selbst mit der Gabe des Allsehens nur seine Ohnmacht bekennen und das menschliche Elend im Stillen beklagen können. Könnte das verfassungsmäßige Beschwerderecht nur da geltend gemacht werden, wo die Verletzungen der Verfassung vor geöffneten Thüren geschehen, nicht auch da, wo sich die Urheber mit Nacht und Dunkel zu umgeben wissen, wo

man allenfalls nur von dem Erfolge auf die Urſachen ſchließen kann: ſo würde es mit dieſem Recht überhaupt nicht weit her ſeyn. — Wer nur helfen kann und will, findet überall Hülfsbedürftige, die aus ihren Leiden nirgends ein Geheimniß machen, wenn ſie mehr erwarten dürfen, als ein kahles Bedauern. Alſo an Gelegenheit, Erfahrungen zu machen und Stoff zu ſammeln, wird es nie fehlen; wohl aber an tüchtigen Helfern deſto öfter, mithin auch — und das iſt es eben, wovon ſich hier handelt — an ſolchen, die von der, Einzelne unmittelbar betreffenden Ungebühr Anlaß nehmen, die bedrohten Rechte Aller zu vertheidigen. Es hat mit dieſem, wenn ich ſo ſagen kann, volklichen Verfaſſungsſchutze faſt die nämliche Bewandtniß, wie mit dem, was man Volksſtimme heißt. So wie dieſe auf einer politiſchen Fiktion beruht, wornach man das, was verſtändige Männer, wenn es auch verhältnißmäßig nur wenige der Zahl nach ſind, als gut und vernunftmäßig anerkennen und ausſprechen, ſo annimmt, als wenn das ganze Volk, Mann für Mann befragt, verſtändigerweiſe eben ſo urtheilen und ſprechen würde: eben ſo kann auch der vom Volke ausgehende Verfaſſungsſchutz, iſt er anders irgend realiſirbar, nur als Vorbehalt Wenniger von Geiſt, Energie, Muth und Gemeinſinn angenommen werden. Reicht die Stimme der freilich zuerſt zu dieſem ehrenvollen Amte berufenen öffentlichen Rechtsanwälte nicht hin; ſo giebt es noch Andere, die ſich berufen fühlen, durch Mund und Feder der Unterdrückten ſich anzunehmen. An Stoff zum Reden fehlt es in dieſem Lande der Unvollkommenheit nicht, auch nicht an Beweiſen; denn das Unrecht, das im Stillen erduldet wird, das ſich nicht durch Schreyen ankündigt, iſt gewöhnlich ſo groß nicht: alles kommt nur darauf an, ob man reden, noch mehr aber, ob man hören will, die

jenigen nämlich, welche helfen können. — Und so fordert denn auch die Nothwendigkeit nicht, die unmittelbar Betheiligten einem Zwange zu unterwerfen, wenn sie ihre Sache in Geheim behandeln und den Richter, der jetzt nur ihr Richter ist, nicht einer Controle unterwerfen lassen wollen, die mit einer Offenlegung ihrer geheimen Angelegenheiten zu realisiren ist, die also mehr oder weniger sie zu Mitteln fremder Zwecke macht. Denn fremd ist und bleibt alles, was nicht Zweck der Parteien ist, und mag es auch das ganze übrige Volk angehen.

Wenn behauptet wird (S. 187.) "wer mit irgend einem seiner Privatrechte vor einen Richterstuhl sich begebe, trete damit aus seinem besondern Gebiet heraus in das Gebiet des Staats, in welchem er nicht mehr bloß als Mensch, sondern auch als Unterthan des Staats erscheine, und alles dasjenige über sich gelten lassen müsse, was der Staat hinsichtlich der Einrichtung seiner Anstalten für nothwendig erkannt hat:" so scheint es mir eben vor allen an dem Beweise dieser Nothwendigkeit zu liegen; anders könnte das, was erst zu beweisen ist, als Grund für den zu beweisenden Satz gelten müssen. — "Das Privatrecht eines Bürgers, heißt es weiter, sobald es dieser zur richterlichen Verhandlung und Beurtheilung gebracht, ist dadurch Gegenstand eines öffentlichen Rechts geworden und hat aufgehört, ein Gegenstand rein privatrechtlicher Verfügung zu seyn." — Dieß kann man wohl nicht von dem Rechte selbst, worüber dem Inhaber nothwendig immer die rein privatrechtliche Verfügung gelassen werden muß, sondern nur von der Bedingung seiner Anerkennung in foro sagen, also von der Art und Weise seiner Verfolgung vor dem Richter, oder von den Mitteln, wodurch selbiges zur Anerkennung vor Gericht gebracht wird. Wer frei-

freilich den Zweck will, muß auch die Mittel wollen. Aber da fragt sich eben vor allen immer wieder, was hier nicht schon als ausgemacht angenommen werden darf: sind diese Mittel auch nach den Forderungen der Vernunft nothwendig für den Zweck? — Denn wären sie etwa nur Mittel für andere, die Parteien zunächst nichts angehende Zwecke (und so ist es; denn niemand klagt oder verantwortet sich, um zu einem Justiz-Exercitium Anlaß zu geben), und müßten die Parteien gleichwohl gewisse Unbequemlichkeiten dieser fremden Zwecke wegen auf sich nehmen: so würde ihnen gegenüber die Sache schon in einer andern Gestalt erscheinen, und die Partei würde sich mit dieser Verfassung wohl nur dann, immer aber mit Widerwillen, aussöhnen, wenn sie einmal als gesetzliche Nothwendigkeit da stünde.

Verletzungen der Rechtsverfassung soll jeder im Volke zu ahnden befugt, sie sollen Gegenstand einer Art von actio popularis seyn; aber in bürgerlichen Fällen mehr subsidiarisch, nach Art der römischen Popularklagen, wovon der Grund theils darin lag, daß kein unmittelbar Beleidigter vorhanden ist, theils darin, daß der unmittelbar Beleidigte nicht zu klagen vermochte. Also liegt es auch bei uns zuerst an dem in seinem Rechte Verletzten, dasselbe geltend zu machen, und nur was nicht Gegenstand der Ahndung Einzelner ist, eine schlechte Justiz gleichsam in abstracto, Gebrechen in der Verwaltung, die sich zwar in einzelnen Fällen äussern, und freilich nothwendig so äussern müssen, jedoch den Charakter der Gemeinschädlichkeit besonders durch ihre öftere Wiederhohlung annehmen, — dieß sind Gegenstände verletzter Rechtsverfassung, die das Volk zu ahnden hat.

Daß und wie dergleichen Mißbräuche aber auch ob-

ne das Mittel der absoluten Öffentlichkeit zur Kenntniß des (man vergesse nicht den Beisatz:) zur Rüge geeigneten Publikums gelangen können, ist vorhin schon bemerkt worden.

Wenn gesagt wird (S. 186.) daß die volksthümliche Gerichtsöffentlichkeit gerade bei solchen Völkern bestanden oder noch besteht, welche, was die Sorge für die Erhaltung der allgemeinen und besondern Freiheit, die Achtung der Personen und Eigenthumsrechte, die ehrfurchtsvolle Scheu gegen jede Überschreitung des heiligen Kreises schützender Haus- und Famliengötter betrifft, einen Rang vor uns behaupten: — so ist das allerdings etwas, und wie die Sache hier dargestellt ist; in Mancher Augen vielleicht sogar viel. Wenn ferner gesagt wird: wenn nur wir von der Gerichtsöffentlichkeit wie von einer Entweihung heiliger Mysterien sprächen, so klinge dieses so ziemlich wie die Sprache der Gewohnheit, die immer scharfsinnig genug sey, ihre besondern Vorurtheile durch allgemeine Wahrheit zu schützen: — so läßt sich dagegen an und für sich selbst auch nichts einwenden. Allein sollte bei jenen Völkern es nicht ebenfalls Sache der Gewohnheit seyn, was bei uns als bloße Gewohnheit mit dem Namen eines Vorurtheils belegt wird? Machen wir nicht, im öffentlichen wie im Privatleben, täglich die Erfahrung von der großen Macht der Gewohnheit selbst über die Forderungen der Vernunft? — Sind wir also abgeneigt von der volksthümlichen Öffentlichkeit, weil wir nicht daran gewöhnt sind, und die — doch wohl auch nur nach einer etwas kühnen rhetorischen Figur also genannten — rechtsfreien Engländer und Franzosen*) einge-

*) Wegen der letztern weiß man schon genug, und brauche

nommen für dieselbe: so könnte wohl hier wie dort die

ich mich nicht auf das oben S. 93. Angeführte zu beziehen. Wenn Kostspieligkeit und Verschleppung der Prozesse mit der Rechtsfreiheit sich schlecht vertragen, so kann man die Franzosen dieser wegen gerade nicht sehr hoch stellen. Eben so wenig hat man die Engländer zu beneiden Ursache, wenn S. 286. Not. a. der Betrachtungen ꝛc. angeführt wird, daß der mündliche Prozeß der Engländer einer der kostbarsten sey, die es nur geben könne; daß jede Klage auf mehr als 40 Schillinge nach dem niedrigsten Ansatze über 50 Pfund Sterlinge koste; daß, wer klug sey, (nach Colquhoun) lieber gerechte Ansprüche liegen lasse, oder falsche mache, bloß weil es bekannt sey, daß man auf dem prozessualischen Wege nicht 20 Pfund auskagen oder verweigern könne, ohne dreimal soviel an Kosten zu verlieren u. s. w. — Ferner S. 291.: der Civilprozeß der Britten sey, seiner Mündlichkeit und Oeffentlichkeit ungeachtet, so kostbar, so schwerfällig, so langsam, daß derselbe mit den allerkostbarsten, allerschwerfälligsten, allerlangsamsten unter allen schriftlichen Prozeßarten wetteifern dürfe, und trotz unserem ehemaligen Reichskammergerichtsprozesse nicht seltene Beispiele von Rechtsstreiten liefere, welche dreyßig und mehr Jahre gedauert haben, ehe sie nur bis zur letzten Instanz gediehen sind." — Sind diese Vertheuerungen, diese Verzögerungen nicht eben soviel als wahre Justizverweigerungen? und kann sich derjenige rühmen, von seinen Rechten nach Willkühr Gebrauch machen zu können, rühmen also der Rechtsfreiheit, welcher dergleichen Hindernisse sich in den Weg gelegt sieht, wenn er zu dem Richter seine Zuflucht nimmt? — Was ist es also, das den Franzosen, den Engländern ihre Rechtsverfassung werth machen kann, was anders als — die Gewohnheit?

Sache nicht gerade auf einem klaren Bewußtseyn der Bestimmungsgründe beruhen, sondern nur darauf, daß man gern behält, was man lange besessen und gebraucht, ohngefähr wie wir von einem uns bequem gewordenen alten Rock uns ungern trennen, wenn gleich hie und da Löcher und Risse zum Vorscheine kommen.]

Es ist vorhin schon bemerkt worden, und wird hier wiederholt: mag auch die absolute Gerichtsöffentlichkeit in der Idee noch soviel für sich haben; so bleibt uns noch immer die wichtige Frage übrig: ist sie praktisch ausführbar? Daß der scharfsinnige Vertheidiger derselben selbst daran zweifelt und — sogar auf Gefahr, dem Wesen der von ihm im übrigen mit so blendenden Farben gezeichneten volksthümlichen Öffentlichkeit, wo quilibet ex populo sehen, hören und seine Rechte darnach soll geltend machen können, etwas zu vergeben *), — eine Elite von Zuhörern und Zuschauern, als Gerichtszeugen, als allein zweckmäßig empfiehlt, — dieses muß die Sache in der That bedenklich machen. Zu diesem Zweifel mußten ihn aber unmittelbar Reflexionen, wie sie S. 176. ff. vorkommen, veranlassen. Wenn die Erfahrung da, wo dieses öffentliche Verfahren gilt, die Gründe unterstützt, die sich dem Nachdenken aus Combinationen über das sonst gewöhnliche Treiben und Denken, über Lieblingsvorstellungen, Neuheitsreitz u. s. w. darbieten: so kann und darf man für die bezielten Zwecke dieser Institution in der That nur sehr mäßige Hoff-

*) Ich will dieß ganz und gar nicht als Inconsequenz bemerklich machen, sondern nur zum Beweise, daß sich Ideale in dieser unvollkommenen Welt nicht immer oder gar nur selten in das wirkliche Leben einführen lassen.

nungen hegen. Wenn Männer, auf deren Gegenwart gerechnet werden muß, soll das Ganze nicht zu einem leeren Gaukelspiele versinken, wenn gerade solche Männer es vorziehen, statt den Gerichtssitzungen beizuwohnen, ihrem amtlichen, ihrem Gewerbs- und Familienberufe nachzugehen: Beamte, Kaufleute, Künstler, geschäftserfahrne Bürger in den Städten und Landeigenthümer ꝛc. wenn sich das schaulustige Publikum auf den müßigen Pöbel beschränkt: so sieht es mit der Gewährschaft, welche diese Öffentlichkeit leisten soll, schlecht genug aus. Daß die Idee einer Controle des Richters vollends unerfindlich ist, kann nicht besser dargethan werden, als S. 147. ff. der Betrachtungen ꝛc. geschehen. Aber wenn wir unsere Forderungen an die Zuschauer auch nur auf das beschränken, wozu nur gesunde Sinnen und ein wenig gebildeter Verstand gehören; so werden wir auch da oft zu viel verlangen, weil es den Zuschauern weniger darum zu thun ist, hier eine Funktion zu übernehmen, als — zu genießen. — Und so finden wir es denn auch — sehr gut, weil sonst leicht die Freiheit des Rechtsprechens gefährdet werden könnte. — Mit der Meinung des Volks wird es übrigens heut zu Tage so ängstlich nicht mehr genommen; daß sie etwas einbrächte, davon ist vollends gar keine Rede. Die gunstsüchtigen Richter in unsern Tagen pflegen ihre Blicke mehr ins Große zu richten, nicht auf das, was man das Volk nennt, das ihm weder Belohnung noch Ehrenstellen zuwenden kann. Darum würde wohl ein Horaz unserer Zeit die Verschmähung der Volksgunst wenigstens nicht zu einer heroischen Tugend machen, und man würde von einem heutigen Richter darum gerade nicht schlimmer denken, auf welchen jenes bekannte:

Virtus, repulsae nescia sordidae,
Intaminatis fulget honoribus:
Nec sumit aut ponit secures
Arbitrio popularis aurae *),

wenigstens in seiner letzten Hälfte nicht Anwendung fände.

Überdieß darf man annehmen, daß der Richter, der sich einmal nicht mehr scheut vor den Parteien Pflicht und Amtswürde aus den Augen zu setzen, sich auch nicht mehr vor dem Publikum, am wenigsten vor diesem Publikum scheuen wird; demjenigen aber, der allenfalls noch wankt, wird es eben soviel gelten, ob sein Leumund mittelbar durch die Parteien oder unmittelbar (so wie das zeugende Publikum beschaffen ist, doch auch nur mittelbar!) vor der Welt befleckt wird. Und müßte man wünschen, daß es anders wäre, daß das Volk regern Antheil an der Rechtspflege nähme, besonders der große Haufe; so dürfte dem Freunde der Rechtsordnung um die Unabhängigkeit der Gerichte eben so bange seyn, als unter dem eisernen Scepter eines Despoten, vielleicht noch mehr, weil nun auch die öffentliche Meinung, die der Gewaltherrscher etwa noch fürchten kann, gleichsam zu den Verschwornen gegen den Umsturz der Rechtsverfassung tritt. So könnte es leicht dahin kommen, daß man nach Gelegenheit der Fälle und des an der Rechtspflege in concreto etwa genommenen Interesse (und das ist es eigentlich, nicht die Justiz überhaupt, was dieses Publikum zu bewegen pflegt!) wohl zugleich Sorge tragen dürfte, daß den ungünstig, d. h. nicht nach des Volkes Gunst oder Ungunst richtenden Richtern gleich den unglücklich richtenden Nachrichtern eine Freistatt eröff-

*) *Horat.* Lib. III. od. 2.

net würde gegen — diese Vertreter der Rechtsfreiheit, von deren Ungunst zwar nicht die Versagung von Würden und Ehrenstellen (fasces et secures) aber wohl etwas anderes zu erwarten ist.

Wir kommen nun

auf B) zu der Behauptung, daß das Volk *auch um der Rechte der Parteien willen* gegenwärtig sey. Der Grund, welcher, wie nicht zu leugnen ist, beim ersten Anblicke blendet, ist: Richter und Parteien stehen sich als Betheiligte gegenüber; es bedarf also dritter *Unbetheiligter* als Zeugen von Unförmlichkeiten und überhaupt gesetzwidrigem Verfahren, wenn die Parteien mit dem Beweise derselben gegen die fides judicialis der Gerichte aufkommen wollen.

Ich gehe darüber hinweg, wiefern dieser Mißstand nicht Folge einer ungebührlichen Ausdehnung dieses gerichtlichen Glaubens ist; es dürfte wenigstens so ungereimt nicht seyn, wenn diese Glaubwürdigkeit *bloß von dem Richter und seiner Thätigkeit ausgeht*, und gleichwohl zum Beweise *für* den Richter dient, anzunehmen, daß sie eben so wider die Rechtsanalogie streite, als ein Zeugniß in eigener Sache. Es müßte also der Zweck der sonst durch diesen frommen Glauben erreicht werden soll, wenigstens auf andere Weise erreichbar gemacht werden. Doch ich gehe darüber hinweg, und auch darüber, ob es nicht bloß an der Gesetzgebung liegt, dieses Gerichtsprivilegium unbeschadet seines heilsamen Zwecks etwas zu beschränken, wenigstens soweit es nöthig ist, um Mißbräuche zu verhüten. Ich behaupte vielmehr, daß es wirklich schon beschränkt ist. Dieser gerichtliche Glaube setzt nämlich die Beobachtung gewisser Formen voraus, ohne welche er nicht besteht, For-

men, welche die Mitwirkung der Parteien zur nothwendigen Bedingung machen, gegen welche die Handlung beweisfähig seyn soll. So erhält ein Protokoll, da wo eine vernünftige Form desselben vorgeschrieben ist, seine Beweiskraft gegen die Partei, überhaupt gegen den, der als redend oder handelnd in demselben erscheint, nur durch die Unterschrift dieses Betheiligten, und man hat hier, überhaupt überall, wo der Richter der Partei gegenüber in äusserlichen Handlungen sich thätig zeigt, immer noch tüchtigere Bürgen, als daß "man bloß auf das Schamgefühl des Richters rechnen müßte," das überhaupt ein gar schlechter Caveat seyn würde. Wollte der Richter etwa die Unterschrift erzwingen: gesetzt er wagte es, würde wohl dieser Zwang länger wirksam seyn, als bis die Partei das Gerichtszimmer verlassen? Und um die offenbare Gewalt und Empörung soweit zu treiben, daß auch dem Zeter-Schreienden der Mund verstopft würde, dazu würde in der gesitteten Welt doch wohl mehr gehören als eine freche Stirn! Vor dem Angriff eines Räubers schützen uns aber auch Zeugen nicht, wenn sie nichts weiter können als — zeugen. Sollte übrigens nicht das vereinte Zeugniß der Partei und ihres Anwalts (welchem doch überall, und doch wohl nicht ohne alle Realität, eine den Richter controlirende Stellung gegeben ist) ja selbst die Berufung auf das hier gewiß als classisch geltende Zeugniß der Gegenpartei und ihres Sachwalters — die fides judicialis bei einem Richter schwächen können, welcher dergleichen Unthaten fähig, wohl nicht lange den Ruf der Unbescholtenheit behaupten und die Vermuthung für die Rechtlichkeit seines Verfahrens für sich haben würde? Der Richterglaube beruht wohl nicht allein in etwas Schwärze auf Papier, sondern gerade auf einem sonst bewiesenen tadellosen Charakter; man darf dieß wenigstens

gebenbei annehmen. Ist aber der Richter von zweideutigem Wesen, so wird wahrscheinlich die Partei sich vorsehen, mit einem Beistande vor Gericht zu erscheinen; wenigstens ist dieß bei den Untergerichten sehr gewöhnlich. Darum thut man auch sehr Unrecht, wenn man diese Beistände mit der Bezeichnung von unberufenen Vertretern, "Bauernkönigen" u. s. w. geradezu aus den Gerichtsstuben zu entfernen sucht. Doch darüber und überhaupt über die Ketzerverfolgung, die an den sogenannten Winkelagenten verübt wird, vielleicht in der Folge. —

Die Nothwendigkeit von Gerichtszeugen, gegen die ich übrigens durchaus nichts einzuwenden habe, ja sie für weit zweckmäßiger halte, als die unterbrochene Gegenwart des ab- und zugehenden Publikums oder was es ist, welches nicht einmal in der Absicht, als Zeuge wahrzunehmen, erscheint — diese Nothwendigkeit scheint mir übrigens weniger des Gegenbeweises als des Beweises wegen Statt zu finden; dieß sollte wenigstens die Idee seyn. Nicht daß die Partei in ihren Behauptungen Glauben gegen den Richter finde, sondern daß der Richter Glauben finde, sollen diese Gerichtszeugen da seyn. So war es bei unsern Altvordern. "Die Gegenwart der umstehenden dienstpflichtigen (gemeinen Schöppen), sagt der geschichtserfahrne Verfasser der Betrachtungen über die Öffentlichkeit ꝛc. S. 78. diente wesentlich dazu, den Mangel schriftlicher Verhandlungen durch lebendiges Zeugniß zu ersetzen. Da es noch eben so wenig Gerichtsprotokolle als gerichtliche Registraturen gab, und höchstens nach dem Beschluß der Sache auf Verlangen des einen oder andern Theils ein Gerichtsbrief (charta) ausgefertigt wurde, da bedurfte es nothwendig der Gegenwart Vieler, wenn das Geschehene nur einigermassen

für die Zukunft sicher erhalten werden sollte." — Und wenn ich das S. 162. angeführte dänische Gesetz recht verstehe, so war dieses und nichts anderes eben auch sein Zweck.

IV.

Es ist nothwendig, aber auch unbedenklich, die Zeugen in Gegenwart der Parteien zu verhören.

Schon in der vorigen Abhandlung (S. 135.) ist gelegenheitlich bemerkt worden, daß es eine Forderung der Öffentlichkeit des Rechtsverfahrens sey, die Zeugen in Gegenwart der Parteien abzuhören. Die Sache verdient eine etwas umständlichere Betrachtung, und die allerdings scheinbaren Bedenken gegen diesen Zweig des öffentlichen Verfahrens eine sorgfältige Erwägung. Meinem Zwecke bei diesen Abhandlungen gemäß, beschränke ich mich übrigens hier lediglich auf das Civilrechtsverfahren, ohne entfernt daran zu zweifeln, daß die Gründe für die Öffentlichkeit des Zeugenverhörs in bürgerlichen Sachen, wo es sich in der Regel nur um schätzbare Gegenstände handelt, minder laut sprächen da, wo unschätzbare Güter auf dem Spiele stehen, in Strafsachen.

Wenn die Frage: ob es auch zweckmäßig sey, die Betheiligten von dem Akte der Zeugenvernehmung auszuschließen, und selbigen nur hiernächst die Resultate derselben bekannt zu machen? erst seit der Zeit hauptsächlich in Anregung gekommen ist, wo die Gerichtsöffentlichkeit überhaupt ein Gegenstand des allgemeinen

Strebens geworden ist, oder wenigstens dafür angenommen wird; so darf man nicht glauben, daß sie früher ganz unbeachtet geblieben sey. In der That hat man schon früher das unnatürliche Verhältniß gefühlt und fühlen müssen, daß man die Betheiligten gerade von der Kenntniß eines der allerfolgenreichsten Vorgänge des ganzen Rechtsverfahrens ausschließe, und daß das Zeugenverhör in seinen Modalitäten beinahe darauf berechnet schien, gleichsam als Rechtfertigung aller der Beschuldigungen von Heimlichkeit der deutschen Rechtspflege zu dienen, womit man diese nun überhäuft. So wenig man indessen das Unnatürliche und Unpassende dieser Verfahrungsweise verkennen konnte, so berechnete man auf der andern Seite doch auch die Nachtheile, die gerade hier mehr als anderwärts von der Oeffentlichkeit zu besorgen sind. Daß man dabei diese Nachtheile etwas zu hoch in Anschlag brachte, wird sogleich gezeigt werden. Man ließ es daher bei dem Herkommen, und die Kenntniß der Betheiligten von dem Akte des Zeugenverhörs beschränkte sich auf das videre jurare, eine Vergünstigung, um die es genau genommen kaum der Mühe lohnte, sich vor Gericht zu begeben. Nur im Preussischen that man einen Schritt vorwärts, indem man zu dem Zeugenverhöre zwar nicht die Parteien selbst, wohl aber deren Sachwalter zuließ *), was allerdings schon etwas, nur nicht alles ist. Wahrscheinlich würde unsere, in mancher Beziehung freilich sehr lobenswerthe, natürliche Bedächtlichkeit und Langsamkeit bei Reformen an den sich darbietenden Bedenken noch länger ein unübersteigliches Hinderniß gefunden haben, hätte nicht das allgemeine Treiben nach einer Totalver-

*) Allg. G. O. I. Tit. 10. §. 189. 198.

änderung unſeres Rechtsverfahrens durch Einführung der Öffentlichkeit ſchon der Conſequenz wegen die Sache ernſtlich zur Sprache gebracht. Dabei mußte denn allerdings der Umſtand als überaus erheblich hervortreten und ſich geltend machen, daß einer der wichtigſten, und den Betheiligten am intereſſanteſten Vorfälle im ganzen Verfahren genau betrachtet derjenigen Controle entbehrt, ohne welche das Ganze eine Glaubensſache iſt, die außer dem zu controlirenden Gericht ſelbſt nur auf der unmittelbaren Kenntniß des in ſeiner Art eben ſo controlbedürftigen Zeugen beruht, während gerade diejenigen, um deren Sache es ſich handelt, nichts weiter erfahren, als daß die Würfel ſo oder ſo gefallen ſeyen, die über ihr Wohl oder Wehe entſcheiden. — Ich bemerke hier noch, daß in neuerer Zeit die Vernehmung der Zeugen in der Parteien Gegenwart widerrathen haben: von Gönner *), von Reibnitz **), Engelhard ***).

Das würtembergiſche Organiſationsedict über die Rechtspflege vom 31. Dec. 1818. (§. 108.) läßt ebenfalls die Parteien nicht zu, ſondern nur die Fürſprecher und Aſſiſtenten, welche aber verpflichtet ſind, die Zeugenausſagen bis zur gerichtlichen Eröffnung geheim zu halten. Selbſt der ſonſt auf das Prinzip der Öffentlichkeit gebaute neue Entwurf eines Geſetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtsſachen in Bern, (Bern

*) Entwurf eines Geſetzb. über das gerichtl. Verf. II. Bd. S. 490.

**) Ideal einer Ger. Ordn. I. Th. S. 288.

***) Entwurf einer verbeſſerten Geſetzgebung für bürgerl. Rechtsſtreitigkeiten. (Rudolſtadt 1817. 8.) S. 162. zu Satz 173.

1819.) *) hat es dießfalls beim Alten gelassen, während die großherzoglich Hessische Ordnung des Verfahrens bei Land- und Stadtgerichten Art. 40. von dem Grundsatze der Öffentlichkeit hier eine Ausnahme zu machen nicht für nothwendig erachtet hat **), also der französischen Procedur getreu geblieben ist, welche bekanntlich auch hier volle Öffentlichkeit behauptet.

Der Grund, aus welchem die ältere Einrichtung der Zeugenverhöre für sachgemäßer gehalten wird, ist einzig von der vermutheten Befangenheit der Zeugen hergenommen. Man glaubt, sie würden in Gegenwart der Parteien nicht mit der Freimüthigkeit zu sprechen wagen, als in deren Abwesenheit. Allein obgleich diese Besorgniß keineswegs ganz eitel zu nennen ist, so überzeugt man sich doch bei näherer Betrachtung, daß es dabei nicht sowohl auf ein Hinderniß des Zwecks als nur auf eine Schwierigkeit ankommt, die selbst da, wo sie eintritt (denn auch dieß ist nicht immer, sondern nur ausnahmsweise der Fall) nicht unüberwindlich ist, zu geschweigen, daß sie neben der Betrachtung von überwiegender Erheblichkeit erschiene, auf die es hier hauptsächlich ankommt, ich meine die Betrachtung des Zwecks des ganzen Beweismittels und der Bedingungen seiner Realisirung nach den Forderungen der Vernunft. Da nämlich die Aussage der Zeugen das Mittel zur gehörigen Geltendmachung streitiger Rechte werden soll, so muß die Kenntniß von der Art und Weise der zweckgemäßen An-

*) Gensler ꝛc. Archiv für die civ. Praxis III. S. 289. ff.

**) Flotet's Motive zu dem Gesetzb. für das Großherzogthum Hessen über das Verfahren in bürgerl. Rechtssachen. (Darmst. 1818.) I. Heft S. 108.

wendung dieses Mittels von dem höchsten Interesse für diejenigen seyn, um deren Rechte es sich handelt; mit andern Worten, den Parteien muß alles daran liegen, unzweifelhaft versichert seyn zu können, was die Zeugen ausgesagt haben, und wie, unter welchen auf ihre Glaubwürdigkeit einfließenden Umständen, sie ausgesagt haben.

Was und wie ein Zeuge ausgesagt hat, das enthält zwar das Verhörprotokoll, so nimmt man wenigstens an. Aber man kann, ohne gerade die Zweifelsucht aufs Höchste zu treiben, den Gedanken schon bei sich aufkommen lassen: wie wenn das was und wie der Zeugenaussage nach dem Protokoll eben doch nicht das wahre und ächte in der Wirklichkeit wäre; wenn was der Zeuge ausgesagt, auch nur aus einem menschlichen Versehen nicht richtig zu Papier gebracht, vielleicht durch Zusätze oder Auslassungen, wenn schon kaum merkbar gleichwohl wesentlich, entstellt worden wäre; wenn es bei der Vernehmung etwa übereilt hergegangen, also wie der Zeuge examinirt worden, ausser dem Examinanten und seinem dienstwilligen Protokollführer (dem es vielleicht mehr noch als jenem daran liegt, daß das langweilige Verhör, da es schon 12 Uhr geschlagen, endlich einmal zu Ende gehen möge) nur allein Gott bekannt ist! Denn daß der Zeuge rücksichtlich dessen, was er hätte gefragt werden sollen, und nicht gefragt worden ist, in einer ziemlich indifferenten Lage sich befindet, ihm selbst also in der Regel das Interesse fehlt, von dem Examinanten ein strengeres und sorgsameres Examen zu fordern, als jener selbst für nöthig zu befinden scheint, das ist leicht einzusehen. Ich stelle indessen diesen Zweifel für jetzt noch etwas bei Seite; er wird sich von selbst wieder aufdringen, wenn wir der gegen-

wärtigen Betrachtung an der Hand der Erfahrung weiter nachgehen.

Ich komme wieder auf die Besorgniß zurück, aus welcher man die Vernehmung in Gegenwart der Parteien für unräthlich hält. Und hier bin ich zwar weit davon entfernt die besorgte Befangenheit des Zeugen von Seite ihrer Sittlichkeit irgend rechtfertigen zu wollen: Niemand wird daran zweifeln, daß an dem moralischen Werth eines Zeugen noch manches zu wünschen übrig ist, der nur hinter dem Rücken eines andern wahrhaft auszureden sich getraut, und von dem man besorgen muß, er möge mehr oder weniger, als wahr ist, aussagen, je nachdem er denjenigen, wider welchen er Zeugniß giebt, vor sich hat oder nicht. Allein wenn wir die Menschen so annehmen müßten, wie sie im Zustande der moralischen Vollkommenheit und nach den Forderungen des Sitten- und Rechtsgesetzes seyn sollen, nicht wie sie wirklich sind; so wäre überhaupt die ganze Frage ohne praktischen Werth, die den Gegenstand dieser Untersuchung ausmacht; so müßten wir auch dem Richter zutrauen, daß er pflichtmäßig, also streng unparteiisch und mit gewissenhafter Thätigkeit bei der Vernehmung des Zeugen verfahren wird, und wenn er auch ausser Gott und seinem Gewissen keinen Beobachter seiner Handlungen hat: oder man müßte annehmen, daß der Zeugeneid eine stärkere Verpflichtung auferlege, gewissenhaft zu seyn, als der Eid des Richters. Aber wir nehmen überhaupt die Menschen, den Regeln der Klugheit gemäß, nicht in dem Zustande der möglichsten Vollkommenheit an, sondern wie sie sind, wenn auch gerade nicht als böse, doch als unvollkommen, und lassen das homo sum etc. von dem Zeugen eben so gut als von dem Richter gelten. Daß ein Zeuge häufiger in dem

Falle ist, über die Meinung Anderer sich nicht gleich gültig hinweg zu setzen und sich, wie man zu sagen pflegt, unnöthig Feinde zu machen, als der Richter gegenüber den Parteien, ist wohl nicht zu bezweifeln. Und so darf man wohl auch nicht erst erinnern, daß bei der Wahl und Anstellung der Richter mehr Sorgfalt angewandt wird, als bei der Produktion eines Zeugen; auch nicht erinnern, daß der Richter mehr daran setzt, wenn er gewissenlos handelt, als der Zeuge, wenn er die Wahrheit beugt. Denn soweit wird es wohl selten kommen, daß man ihm, wenn er die ganze Wahrheit nicht sagt, wenn er hin und wieder die Farben etwas spart, oder sie minder grell aufträgt als das Faktum fordert, um ganz ähnlich zu seyn, als Meineidigen den Prozeß machen könnte. Nehmen wir also die Menschen, wie sie sind, verzichten wir namentlich bei unsern Zeugen auf die Vorstellung von Idealen an Heroismus und hochherzigem Sinne; so wird uns die Erfahrung Menschen in allen Ständen vorzeigen, die sich befangen bezeigen, wenn sie in die Lage kommen, wovon hier die Rede ist, ohne daß man ihnen darum den Vorwurf der Schlechtigkeit, der Feigheit und Tücke machen könnte. Oder man müßte auf die natürliche Schüchternheit und Blödigkeit mancher Menschen, denen die Lüge gleichwohl verhaßt, ein Meineid ein Gräuel ist, gar nichts rechnen dürfen, vielmehr dem Wahne sich überlassen, daß die Würde des Gegenstandes und die Ceremonie des Eides soviel Zauberkraft an sich habe, um eine schwache Natur gleich in einen Helden zu metamorphosiren. Es muß also ein der Natur dieser Menschen entsprechendes Motiv hinzu kommen, um bei ihnen jene Dreistigkeit zu wirken, die man von Gründen der sittlichen Würde wohl nur ausnahmsweise erwarten kann, wenigstens so lange noch der dermalige Stand der geistigen und sittlichen

chen Cultur besteht. Und dieses als Gegenreitzmittel dienende Motiv ist die entgegenstehende Besorgniß, bewirkt durch die Anwesenheit der Gegenpartei; diese ist es, welche bei den Menschen vom gewöhnlichen sinnlichen und engherzigen Schlage jene Schüchternheit überwindet, die Ängstlichkeit schwächt und die Dreistigkeit anregt.

Die Gegenwart beider Parteien ist also der erste Grund zur Widerlegung des Zweifels an der Unbefangenheit. Der Zeuge hat nun argumenta ad hominem für und wider; die kleinmüthige und egoistische Besorgniß, durch Freimüthigkeit sich zu schaden, ist so stark, kann es wenigstens seyn, als die, vor dem Gegentheil als unwahrhaftiger Zeuge zu erscheinen. Bei dieser Collision der Rücksichten kann denn natürlich die Betrachtung dessen, was der Zeuge dem Gericht und der Wahrheit schuldig ist, leicht den Ausschlag in der Wage der Überlegung geben.

Allein hierzu kommt noch, daß die Parteien hinterher doch erfahren, wie der Zeuge geredet hat, und daß er bei einem zweideutigen Benehmen Gefahr läuft, auf zwei Seiten zu verlieren. Bei dem, gegen welchen er ausgesagt hat, erscheint er als gewissenloser Mensch eben so, wie bei dem, welchem seine Aussage zu Statten kommt, und dem wenigstens bei gelegener Zeit das hic niger est etc. schon einfallen wird. Hat er vor beiden Parteien ausgesagt, so fehlt es überdieß an Stoff zu übeln Nachreden; die Parteien haben Gelegenheit, ihre Rechte sofort während des Verhörs geltend zu machen, und die Sache hat damit ein Ende. Der Zeuge selbst kann, wenn ihm in der Folge Vorwürfe gemacht werden, sich auf eine Art der Zustimmung der Parteien zu seiner Aussage berufen, während bei der geheimen

Vernehmung, der letzte Verdruß, wie man sagt, ärger ist, als der erste, die ganze Schuld auf dem Zeugen lastet, und er selbst eines Vertreters bei den der examinirenden Gerichtsperson vielleicht mit Recht zu machenden Vorwürfen über eine mangelhafte Vernehmung, über Mißverständniß u. s. w. entbehrt. Also muß der Zeuge, wenn er seinen wahren Vortheil versteht, selbst wünschen, vor den Parteien sein Zeugniß ablegen zu dürfen; und ist dieses einmal allgemeiner Gerichtsgebrauch, so wird schon deßhalb manches anders erscheinen, und die Meinung des Zeugen von seiner Würde wird mit der Vorstellung der Parteien, daß sie nur rücksichtslose Aussage der Wahrheit fordern können, zugleich steigen. Die Besorgniß *), "daß die Parteien bei dem Verhöre oft gar nicht zum Schweigen zu bringen seyn würden, daß sie die Zeugen irre machen würden" — ist nicht praktisch, und würde, wenn sie Grund hätte, der Energie unserer Richter und ihrer Wirksamkeit keine Ehre machen. Tüchtige Geldstrafen und, wenn diese nichts fruchten, Entfernung vom Zeugenverhöre, womit der französische Richter gegen eine solche ungeberdige Partei verfährt (Code de procédure art. 276.) werden schon hinreichen, die Ordnung zu handhaben.

Dieß sind ungefähr die Gründe zur Entkräftung der Zweifel gegen die Unbefangenheit des öffentlich aussagenden Zeugen. Sie haben noch einiges für sich diese Zweifel, da wo kein eigentlicher Gegner, oder wenigstens nur ein idealer, wie in Strafsachen, vorhanden ist, und wo noch das nichtswürdige Vorurtheil herrscht, daß man, wenn man durch Aussage der vollen Wahrheit die Lage des Angeschuldigten verschlim-

*) Bemerkungen zum würtemb. Org. Edikt ꝛc. S. 46.

mere, "seine Hände in Blut waſche;" ein Vorurtheil, wovon leider der gemeine Mann hin und wieder noch ſehr angeſteckt iſt *): aber unerheblich ſind dieſe Zweifel in bürgerlichen Rechtsſachen und zwar aus dem angegebenen Grunde zweiſeitiger Intereſſen, die ſich wie überall alſo auch hier die Wage zu halten ſuchen.

Dem möchte indeſſen ſeyn, wie ihm wollte, ſo ſind doch die Gründe, welche die Öffentlichkeit des Zeugenverhörs unterſtützen, zu erheblich, als daß man lange in Zweifel ſeyn könnte, ob man um einer, vielleicht doch nur ausnahmsweiſe eintretenden Schwierigkeit willen die augenſcheinlichen Vortheile entbehren wolle, welche mit der Einrichtung unverkennbar verbunden ſind. Denn

1) dieſe Einrichtung iſt unzertrennlich von dem Charakter der Öffentlichkeit des Rechtsverfahrens, ſelbſt in ihrem beſchränkteſten Sinne, oder von der relativ negativen. (S. vorige Abh. S. 100.) Denn auch hier ſoll den Parteien aus nichts, was verhandelt wird, ein Geheimniß gemacht werden. Und wo könnten ſie ein höheres Intereſſe haben, wiſſen zu wollen, was geſchehen, als gerade da, wo es ſich darum handelt, die Merkmale zur Beurtheilung der Wahrheit und Richtigkeit einer beſtrittenen Thatſache zu ſammeln, und eine formale Wahrheit herzuſtellen? Es hat ja mit dieſer formalen Wahrheit ohnehin das Eigene, daß ein thatſächliches

*) Zur Entkräftung dieſes Vorurtheils ſollte ſchon in Schulen mehr geſchehen, überhaupt auf eine zweckmäßige und fruchtbare Erklärung des 8. Gebots mehr Fleiß verwendet werden. Doch was könnte nicht in ſo vielen Dingen anders ſeyn, wenn es nicht an der Schule fehlte und an der erſten Erziehung!

Verhältniß, ohne Rücksicht auf seine innere oder materielle Beschaffenheit aus Gründen einer unvermeidlichen Nothwendigkeit als Wahrheit vor Gericht gelten muß. Die Aussage der Zeugen begründet auf meiner Seite eine Verbindlichkeit, welche ausserdem anzunehmen kein Grund vorhanden seyn würde, und mir sollte nicht alles daran liegen, vollständig zu wissen, wie und, was sie ausgesagt haben?

2) Die Partei zu verpflichten, daß sie dasjenige als Aussage der Zeugen annehmen müsse, was ihr der Richter mittelst seines Protokolls als solche angiebt, also ein Zeugniß über ein Zeugniß, so etwas von einem referens sine relato — heißt ihren Glauben gefangen nehmen unter dem Gehorsam des Gesetzes. Es heißt aber noch mehr; man kann es für einen unnatürlichen Zwang annehmen, wenn wir demjenigen, der hier glauben soll, nicht eine bessere Gewährschaft gegen Irrthum und Täuschung geben können, als wir ihm zu geben vermögen, und doch ihn verhindern, auf dem natürlichsten Wege der unmittelbaren Wahrnehmung sich Gewißheit zu verschaffen, und dieß bloß und allein um einer Besorgniß willen, die, wenn sie auch nicht bloß Grille, nicht Geschöpf einer übertriebenen Ängstlichkeit ist, doch ohne allen oder nur von einem untergeordneten Werthe ist, sobald sie als Hinderniß des für nothwendig anerkannten Zwecks erscheint. — Und worauf beruht jene Gewährschaft? Sie beruht — und dieß ist ein neuer Grund für die behauptete Öffentlichkeit des Zeugenverhörs —

3) auf nichts weiter als auf dem Glauben des gerichtlichen Protokolls, und dieser Glaube auf der Glaubwürdigkeit des Richters und seines Aktuars. Wir wollen uns hier nicht bei Klügeleien aufhalten und diese

Kette von Glauben an Glauben nicht in ihren einzelnen Gliedern verfolgen. Nur das muß bemerkt werden, daß die Unterschrift des Zeugen der materiellen fides protocolli gerade keinen sehr großen Zusatz giebt; oder man müßte annehmen, daß der Zeuge an der Sache, die ihn eigentlich nichts angeht, die in ihren Folgen für ihn weder Nutzen noch Schaden hat, wegen der er sich häufig mit Widerwillen beschäftigt sieht, eben das Interesse nehme, als die Partei, wenn sie ein Protokoll unterschreibt; man müßte annehmen, daß er bei der Unterschrift seiner Aussage sich in die Lage versetze, in welcher derjenige sich befindet, der eine verbindliche Erklärung unterschreibt, der es weiß, daß er eine solche unterschreibt, und von dem daher mit Recht vermuthet wird, daß er besonnen und wohlüberlegt die Feder zur Unterschrift in die Hand genommen. Ich will ganz und gar nicht behaupten, daß es nicht Zeugen giebt, die bei der Unterschrift ihrer Aussage eben so besonnen sich bezeigen, daß sie bei der Vorlesung des Protokolls wohl acht haben auf alles, was ihnen in den Mund gelegt wird, und nach Gelegenheit rügen, was nicht recht ist. Aber das beweist ja nichts weiter, als daß es solche Zeugen giebt, also daß ausnahmsweise keine Gefahr vorhanden ist, wenn man Richter und Zeugen sich selbst überläßt; und würde die Sache um vieles anders erscheinen, wenn auch nur ausnahmsweise eine Gefahr vorhanden wäre? Es ist indessen leider in der Regel, und wer als instruirender Richter schon ein paar tausend Zeugen abgehört hat, und davon nach den Populationsverhältnissen in Beziehung auf Stand und Cultur beiläufig vier Fünftheile aus den niedern Ständen, und von diesen wieder die Mehrzahl aus dem rohen Haufen, der wird mir beipflichten in dem was ich hier als Resultat einer 25 jährigen Richterpraxis ange-

der — daß das Gros unserer Zeugen deßfalls ganz und gar nicht scrupulös ist. Ja ich behaupte, wovor einem freilich die Haut schaudern möchte, daß der Richter die Mehrzahl dieser Zeugen reden lassen kann, was er will. Dieß kann freilich verhütet werden, wenn auch Statt der Parteien nur deren Sachwalter gegenwärtig sind. Aber dieß setzt voraus, daß beide Parteien Sachwalter haben, und daß man nichts weiter verlangt, als was ein gewissenhafter Richter auch beobachtet haben würde, sorgfältiges Befragen. Ob aber der Zeuge wahrhaft aussagt, das kann nur die Partei wissen, und deßfalls wird sich der Zeuge auch nur in deren Gegenwart Zwang anthun. Und auf dieser Ansicht beruht eben hauptsächlich das Merkmal der Nothwendigkeit der Zeugenvernehmung in Beisein der Parteien, gegen welche alle Bedenklichkeiten verschwinden. Nicht um den Richter zu controliren, wenigstens nicht allein, sondern vornämlich um des Zeugen selbst willen, der ausserdem der nothwendigen Gegenaufsicht fast ganz überhoben wäre, sollen die Parteien zugegen seyn. Zwar für die Wahrhaftigkeit der Deposition der Zeugen soll uns dessen Eid bürgen. Aber was ist der Eid anders, als nur ein äusseres Zeichen, woran man erkennen soll, daß der Zeuge die höchsten Beweggründe gehabt habe, die Wahrheit zu sagen, also ein Umstand der eine rechtliche Vermuthung begründet? So lange es aber ein Mittel giebt, diese Vermuthung zu steigern, und der Gewißheit näher zu bringen, daß des Zeugen Aussage nicht bloß formal, sondern material die Wahrheit sey, so gebietet schon die Vernunft, dieses Mittel vorzukehren. Und als solches Mittel erscheint uns denn die Gegenwart derer, die allein es wissen können, ob der Zeuge die Wahrheit gesagt habe oder nicht, und die nur auf diesem Wege ihre Wissenschaft mit Wirkung geltend zu

machen im Stande sind, während auf dem bisherigen Wege in dem Momente der Erfahrung von der Zeugenaussage schon nicht mehr res integra ist.

4) Die Partei soll zugegen seyn, um überzeugt zu werden von den genetischen Verhältnissen des Beweises, der gegen sie entscheidend werden soll. Denn gesetzt auch der Richter hätte getreu protokollirt, was der Zeuge gesprochen hat, so kommt ja alles darauf an: einmal wie hat der Richter gefragt? und dann, wie hat der Zeuge geantwortet? Was das Fragen des Richters anlangt, so sind zwar demselben durch die vorgeschriebenen Artikel die Fragen vorgezeichnet. Aber so wie dadurch seiner Willkühr von der gefährlichen Seite ein Zügel angelegt ist, so ist dieselbe auch von der nützlichen Seite dadurch gefesselt. Abgesehen überhaupt von der zweckwidrigen Form der Artikel, da diese lauter Suggestionen enthalten, wobei der Gedankenlosigkeit und Trägheit der Zeugen ein freier Spielraum übrig bleibt, so sind sie recht eigentlich ein bequemer Polster für einen faulen Richter, der gern bald davon ist. Ich möchte auch wohl wissen, was man dagegen einwenden könnte, wenn auf die etlichen Dutzend Artikel keine andere Antwort im Protokoll stände, als Ja und Nein, und abwechselnd wieder Nein und Ja! Der Richter kann also, wenn zumal keine Interrogatorien formirt werden, das ganze Protokoll, wenn er will, vorher schreiben, und nur das Ja oder Nein in Gegenwart des Zeugen einsetzen lassen. Mit Official-Interrogatorien wird sich ohnehin nicht gerade jeder die Zeit unnöthig verderben. Das alles ist nun anders, wenn die Parteien zugegen sind, und wenn ihnen verstattet ist, den Zeugen auf geeignete Weise, also zwar nicht unmittelbar, jedoch durch die verhörende Gerichtsperson Fragen vorzulegen.

Es ist übrigens unverkennbar, daß die Gegenwart der Parteien während des Verhörs weit zweckmäßiger zu Fragstücken dient, als wenn dergleichen auf divinirte Antworten vorsorglich entworfen und so mit zwecklosen und unpassenden Interrogationen Mühe, Zeit und Papier verschwendet wird. Die Rede des Zeugen selbst ist es, die den schicklichsten Anlaß und den brauchbarsten Stoff zu Erläuterungsfragen giebt, nicht die Wissenschaft der Parteien von dem Gegenstande, worüber der Zeuge aussagen soll. — Die Partei soll aber auch die Antwort des Zeugen, und daß sie in seinen Ausdrücken, nicht mittelst einer willkührlichen Übersetzung in die Sprache des Richters niedergeschrieben worden, beobachten. Dieß ist indessen noch nicht genug; der Zeuge kann sich aus Mangel an Sprachkenntniß unpassend ausdrücken, und der fragende Richter, der das Faktum und die eigenthümlichen Verkettungen der Verhältnisse, und so manche Eigenheiten und Beziehungen, die zum richtigen Verständniß eines Vorgangs gehören, nicht kennt, kann nicht wissen, ob der Zeuge sich so ausgedrückt hat, wie er sich ausdrücken wollte. Ob bei der schriftlichen Verabfassung der Aussage des Zeugen, dessen Kauderwälsch oft nothwendig einer Übersetzung bedarf, der richtige Sinn getroffen worden, das kann der Richter wieder nur vermuthen. Die Partei aber weiß dieß alles; denn ihre eigene Sache ist es, worüber der Zeuge Kundschaft giebt, und da sie ihre Wissenschaft als untrüglichen Maßstab vor sich hat, so weiß sie auch gleich, wo der Zeuge hinaus will, ob die Züge seines Gemähldes getreu, die Farben an wesentlichen Stellen nicht zu leise aufgetragen, und darum vielleicht von dem Richter als gleichgültig übersehen worden sind; eine Verlegenheit, der dieser besonders bei einem redseligen, Thatsa-

chen und Urtheile unter einander mengenden Zeugen leicht ausgesetzt seyn kann.

5) Es ist ferner nichts weniger als gleichgültig, wie das Gesetz die Verhältnisse des Zeugen beurtheilt, und ob es gleichsam selbst ihn rechtfertigt, wenn er sich ängstlich und furchtsam bezeigt, während es ihn doch, im Widerspruche damit, eidlich zu versprechen nöthigt, daß er nicht aus Furcht und Besorgniß wegen seines eigenen Individuums mit der Wahrheit zurückhalten, vielmehr durchaus rücksichtslos dieselbe reden wolle. Mit welchem Rechte wird das Gesetz wenigstens nach der vollen Strenge den Zeugen strafen, der aus Feigherzigkeit seinem Eide untreu war, wenn es diese kleinliche Denkungsart selbst natürlich findet? Der Zeuge kann einmal nicht in die Lage versetzt werden, daß das Zeugnißgeben ihm zur Wohlthat wird; es ist und bleibt eine Last, und er muß manches Unbequeme auf sich nehmen für die Ehre, ein Mittel zur Erforschung der Wahrheit zu seyn. Eine Unbequemlichkeit mehr oder weniger kann also nichts zur Sache thun.

6) Was man Befangenheit des Zeugen nennt, ist oft nichts weiter als diejenige Vorsicht, die ein Mensch, der sich beobachtet sieht, in seinen Aeußerungen, überhaupt in seinem Benehmen anwendet. Diese löbliche Befangenheit wäre so manchem Zeugen zu empfehlen, damit er nicht leidenschaftlich und unbesonnen in den Tag hinein redet, was ihm seine Vorliebe für die eine oder die andere Partei eingiebt. Es kann nicht leicht etwas wirksamer seyn zur Mäßigung der Leidenschaft als die Anwesenheit beider Parteien. Auch wird der so bewachte Zeuge reiner bei dem Faktum stehen bleiben und seine Urtheile für sich behalten. "Ich rede, wird

er denken und sagen, was ich weiß, und überlasse das Weitere dem Gericht;" und da thut er auch wohl daran.

7) Die Gegenwart der Parteien wird nicht selten Gelegenheit zum Vergleich geben, indem die Zeugen in ihrer Kenntniß von den eigentlichen Umständen des Falles Anlaß finden werden, die Rolle von Vermittlern zu übernehmen.

8) Endlich werden die anwesenden Parteien auch nicht selten sich geneigt bezeigen, den Zeugen den Eid zu erlassen, wenn sie einmal wissen, was sie ausgesagt haben, und billig erwarten dürfen, daß der Eid keine Veränderung in der Deposition derselben bewirken werde. Dieß setzt aber voraus, daß der Eid den Zeugen nicht vor, sondern nach ihrer Vernehmung abgenommen wird, was ohnehin zweckmäßiger ist, wie in dem nachfolgenden Aufsatze gezeigt werden soll.

V.

Soll man die Zeugen vor oder nach ihrer Vernehmung schwören lassen?

Diese Frage scheint überflüssig zu seyn, oder leicht ihre Abfertigung zu finden, wenn wir bloß auf Autoritäten sehen, da die meisten Gesetzgebungen älterer und neuerer Zeit den Zeugen vor seiner Vernehmung vereiden, und ausser der preußischen und neuerlich der bernischen Prozeßordnung sowie ausser v. Eggers *) und

*) Entwurf einer allg. bürgerl. Prozeß- und Ger. Ordn. (Zürich 1799. 8.) I. Bd. §. 604.

v. Leibnitz*) mir keine Gesetzgebungen oder doctrinelle Autoritäten bekannt sind, womit ich die nach der gemeinen Meinung als Hysteron-Proteron erscheinende Ordnung zu unterstützen wüßte, bis ich der Sache angemessener halte, nämlich den Zeugen zuerst zu vernehmen und dann erst ihn seine Aussage beschwören zu lassen.

Die Gründe für die gemeine Ordnung sind folgende **), mit deren Angabe ich zugleich dasjenige verbinde, was sich nach meiner Ansicht dagegen erinnern läßt. Man sieht aus den gemachten Bedenken, wie erfinderisch man ist, wenn es auf Rechtfertigung einer Sache ankommt, an deren Wahrheit bisher niemand gezweifelt hat, die man jedoch nicht schlechterdings mit dem Mantel des Alten und als gewohnt werth Gewordenen allein bedecken möchte.

1) Es sey, sagt man, psychologisch wahr, daß ein großer Theil der Menschen, so lange ihnen noch nicht durch den Eid jede Ausflucht als abgeschnitten erscheint, Aüsserungen, die für Andere nachtheilig sind, nicht so ohne Rückhalt und menschliche Rücksichten von sich zu geben pflegten, wie dieses der Fall sey, wenn ihnen der geleistete Eid keinen andern Ausweg gestatte. — Ich antworte hierauf, daß ich den Beweis lieber aus der Erfahrung, wenn es möglich ist, als durch die Berufung auf psychologische Wahrnehmungen geführt wünschte, die gar viel Schwankendes haben, weil sie jeder auf

*) Ideal einer Ger. Ord. I. S. 290.

**) Floret Motiven zum Gesetzb. für das Großherzogthum Hessen. 2. Heft S. 110.

Leyser Spec. 288. med. 11.

seine Art macht und dabei nicht selten in den Fehler der Erschleichung verfällt. Es lassen sich ähnliche psychologische Gründe wohl auch für die entgegengesetzte Behauptung anführen, und genau betrachtet noch erheblichere. Der gewiß bevorstehende Eid ist vielleicht noch ein dringenderes Motiv die Wahrheit zu sagen, als der schon abgeleistete. Wer schon Eide abgenommen hat, weiß, daß der Schwörende in einer ernstern und befangenern Stimmung sich befindet, ehe er den Eid leistet, als nachher; hat er einmal geschworen, so fällt manches hinweg, was ihm an der Handlung Ausserordentliches erschienen ist, und was nach dem Eide kommt, nimmt wieder die Eigenschaft des Alltäglichen an.

2) Es sey gewiß, behauptet man ferner, daß bei einem Stocken oder Tergiversiren des Zeugen die Erinnerung des Richters an den schon geleisteten Eid eine ganz andere Wirkung hervorbringen müsse, als an den noch abzuleistenden. — Allein das ist eine petitio principii und eben der zu beweisende Satz. Wenn übrigens der Zeuge nach dem Eide noch stockt oder tergiversirt, so beweist dieß eben gerade, daß er den Eid so hoch nicht anschlagen muß. Wird er aber dann auf die Ermahnung des Richters mehr achten, als auf die ihm noch im frischen Gedächtnisse schwebende feierliche Verpflichtung?

3) Der in Gegenwart der Parteien aussagende Zeuge werde mit mehr Freimüthigkeit und ohne Menschenfurcht reden, wenn er den Eid schon abgeleistet habe. — Dieß ist wieder ein Beweis durch das was eigentlich bewiesen werden soll. Es ist nicht einzusehen, warum die bevorstehende eidliche Bekräftigung dessen, was er spricht, den Zeugen weniger ermuthigen soll, als die bevorstehende Verantwortung, wenn er des ab-

geleisteten Eides nicht eingedenk seyn sollte. In so fern wären also der jüngst vergangene und der nächst bevorstehende Eid sich gleich; beide haben ihre Folgen in die Zukunft hinein, und diese Folgen müssen dem Zeugen Motiv werden, wahrhaftig sich zu beweisen, will er sich nicht den Strafen des Meineides aussetzen, wenn nämlich einmal das Gesetz den vorher und den nachher geschwornen Eid unter einerlei Pönalsanktion begreift. Wenn es aber gleich sonach in Beziehung auf die Folgen einerlei ist, ob der Eid vorher oder nachher geleistet wird, so ist es doch keineswegs in Beziehung auf den gegenwärtigen Eindruck gleich, ob die obligatorische Feierlichkeit schon vorbei ist, oder noch bevorsteht, ob der Eid als feierliche Handlung nur im Gedächtniß liegt, oder als tremendum mysterium in der Phantasie dem Zeugen vorschwebt. — Der rohsinnliche Mensch (und von diesem kann ja hier überall nur die Rede seyn, er muß aber zum Maßstabe dienen, weil er die bei weitem größere Zahl der Schwörenden ausmacht) verbindet mit der Handlung des Eides eigenthümliche Vorstellungen. Ihm erscheinen nicht sowohl die Folgen, als der Akt der körperlichen Ablegung des Schwurs als das eigentlich Bedenkliche. Er ist in dem Augenblicke, da er die Finger aufreckt, seiner Meinung nach, der wunderthätig rächenden Gottheit näher, und manchem mögen dabei wohl noch gewisse Erzählungen vom plötzlichen Tode Falschschwörender u. dgl. die Einbildungskraft erhitzen. Wenigstens wird sich keiner sicher halten, daß ihn nicht die Strafgerechtigkeit auf der Stelle trifft. Ist es nun zu wundern, wenn ein solcher Schwörender denkt, wenn nur der Eid vorbei sey, so sey auch schon die Gefahr vorüber! Wenn er sich also nur während des Eides vornimmt, die Wahrheit reden zu wollen, so hat er (so glaubt er wenig-

jens) mit gutem Gewissen geschwören; wenigstens hängt es mit seinem Eide so unmittelbar nicht zusammen, wenn er anderes Sinnes wird. Aber mit keiner Sophisterei dieser Art wird und kann er seine Bedenklichkeit beschwichtigen, wenn es darauf ankommt, schlechthin zu schwören, daß dasjenige wahr sey, was er so eben gesagt habe, und das schwarz auf weiß vor ihm liegt. Schon darum muß man also annehmen, daß es bei weitem die bindende Kraft nicht hat, zu versprechen, die Wahrheit sagen zu wollen, als zu versichern, daß das Gesagte die Wahrheit sey; doch hievon als von dem Hauptargumente für meine Ansicht wird nachher die Rede seyn.

4) Endlich sagt man, der gleich anfangs vereidete Zeuge werde nicht, wie bei einer erst nachherigen Beeidung, in die mögliche Verlegenheit versetzt, entweder eine offenbare Unwahrheit mit dem Eide zu bekräftigen, oder seine eigene Schande oder wenigstens eine große Charakterschwäche einzugestehen. — Mit diesem Argument wird also behauptet, a) daß der noch nicht vereidete Zeuge oft wider besseres Wissen reden, und dann wenn es hinterher zum Eide kommen werde, Anstand nehmen würde, das Falsche einzugestehen, um nicht b) seine Schande oder c) wenigstens eine Charakterschwäche einzugestehen.

Ich antworte, und zwar auf a) entweder er hat geflissentlich oder unwillkührlich etwas Unrichtiges ausgesagt; nur diese zwei Fälle sind möglich. Im ersten Falle wird der Zeuge ein falscher Zeuge seyn und bleiben, er mag vor oder nachher schwören, vielleicht öfter dort als hier. Im zweiten Falle wird er seine Aussage eher verbessern, wenn es zum Schwure kommt, als wenn er schon geschworen hat; vielleicht daß gerade die Furcht

vor dem Vorwurfe, den abgeleisteten Eid gebrochen oder wenigstens leichtsinnig unbeachtet gelassen zu haben, ihn zurückhält, seinen Irrthum zu gestehen, also daß er erst meineidig wird, — um nicht meineidig zu scheinen. —

Warum sollte es aber auf b) dem Zeugen überhaupt zur Schande gereichen, einen bloßen Irrthum einzugestehen, der überdieß in manchen Fällen auf Rechnung des befragenden und protokollirenden Gerichts kommen, noch öfter aber von dem seine Aussage ändernden Zeugen darauf gesetzt werden wird. "Sie haben mich nicht recht verstanden ꝛc." — "sollte ich mich nicht richtig ausgedrückt haben ꝛc." — "ich wollte eigentlich sagen, daß ꝛc. — diese und ähnliche Aeusserungen kommen so gar selten nicht vor, und weit entfernt, daß sie dem Zeugen zum Vorwurfe gereichten, nimmt man sie vielmehr als ein Zeichen der Aufmerksamkeit sowie der Wahrheitsliebe des Mannes an. Gälte hier mein Zeugniß etwas, so würde ich, der ich schon unzählige Zeugen nach beiderlei Methoden abgehört habe, anführen, daß ich wenigstens ein ungleich lebhafteres Interesse an den zu Papier gebrachten Resultaten der Deposition wahrnahm, wenn dem Zeugen das Protokoll vorgelesen wurde, um dessen Inhalt nochmals zu überlegen, und dann dasselbe eidlich zu erhärten, als im entgegengesetzten Falle. Ob es auf c) mit Grund den Namen einer Charakterschwäche verdient, einen Irrthum einzugestehen, das lasse ich für jetzt dahin gestellt seyn; sonst gilt es vielmehr für ein Zeichen einer nicht kleinen Seele, und überdieß wird es in den meisten Fällen dem Zeugen gar kein Opfer kosten, also sogar gleichgültig seyn; denn irren ist ja menschlich, und der Irrthum in einer von einem Andern niedergeschriebenen Erklärung theilt sich bequem in zwei Theile. Daß aber um der

Verlegenheit willen, ein dergleichen Versehen nicht ändern zu müssen, oder aus eitler Sucht, für unfehlbar zu erscheinen, jemand einen falschen Eid schwören sollte, scheint mir bei der Vergleichung zwischen Beweggrund und That doch gar zu unnatürlich.

Dem möchte indessen seyn, wie ihm wollte, so ist es doch — und darin liegt nach meiner Überzeugung das Hauptkriterium der Vorzüglichkeit der hier vertheidigten Ansicht — in alle Wege natürlicher, verbindlicher und darum zweckmäßiger, den Schwörenden in das Verhältniß eines Betheuernden, als eines Versprechenden zu setzen, dem Zeugeneid also die Form eines assertorischen statt eines promissorischen beizulegen. Bei dem Versprechungseide, und wenn der Zeuge angelobt, die Wahrheit sagen zu wollen, und es doch nicht thut, steht ihm ungleich mehr der Einwand der Übereilung zu Gebote, als wenn er mittelst des Versicherungseides etwas als wahr ausgiebt, was gleichwohl falsch ist. Hier steht der Gegenstand der Betheuerung so nahe, ist in sich so bestimmt und über jeden Zweifel gewiß, daß schlechterdings ein Mangel des Willens angenommen werden muß, wenn die Betheuerung falsch ist. Daher darf man auch annehmen, daß zu einem falschen assertorischen Eid ein viel verdorbeneres Gemüth gehört, als zu einem gebrochenen eidlichen Versprechen. Dort liegt das, was der Zeuge als wahr betheuert auf einem Blatt Papier geschrieben vor ihm; ist etwas davon nach seiner Meinung nicht so, wie es seyn soll, er hat die Befugniß zu ändern, zu mehren und zu mindern, bis es zu der Vollständigkeit kommt, daß er gewissenhaft sagen kann: so, gerade so ist es; das ist die Wahrheit. Das, was an der Aussage gleichwohl unrichtig ist, erscheint also offenbar als Lüge. Dagegen besteht bei dem

eid-

eidlichen Versprechen, die Wahrheit sagen zu wollen, wenn es nicht gehalten wird, der Charakter des Strafbaren bloß in einer Untreue rücksichtlich eines vielleicht in redlicher Absicht des Haltens gemachten Versprechens, welche Untreue auf einer niedern Stufe der Zurechnung steht als die qualificirte Lüge.

Man darf übrigens, um manche der obigen Zweifel gänzlich zu entfernen, den Zeugen nur bei dem Beginnen des Verhörs, auf eine sinnlich eindrückliche Art, auf den am Ende des Verhörs abzuleistenden Eid hinweisen, etwa durch einen Handschlag oder durch Auflegung der Eidesformel oder deren Vorlesung vor beginnendem Verhöre.

Daß bei dieser Verfahrungsart allein darauf gerechnet werden kann, daß die Parteien dem Zeugen den Eid erlassen, was zur Aufrechthaltung der Würde dieser Ceremonie wesentlich beiträgt, und nach Kräften befördert werden muß, ist schon am Ende der vorigen Abhandlung erinnert worden.

VI.

Etwas über Anstand und Schicklichkeit bei der Rechtsverwaltung und über das äussere Betragen der Gerichtspersonen bei der Ausrichtung ihres Amtes.

Wenn der Sachsenspiegel (3. B. 69. Art.) den Richtern und Schöppen, indem sie zu Gerichte sitzen, gewisse Regeln vorschreibt rücksichtlich der Kleidung, die sie anhaben und nicht anhaben sollen, und die alte Soester Gerichtsordnung verlangt: "der Richter

soll sitzen auf dem Richterstuhl als ein gries-grimmender Löwe, und soll den rechten Fuß schlagen über den linken;" so können freilich wir nach unsern Sitten und zufolge unserer Begriffe von den Forderungen des Anstands und der amtlichen Würde nicht anders als darüber lachen *). Sehen wir aber über das Äussere hinweg, auch über das Mysteriöse der Deutung, welche die gottseligen Alten in Fällen dieser Art ihren verständigen Vorschriften öfters gaben, um den ungebildeten Menschen dafür empfänglicher zu machen, und die Begriffe vom Übersinnlichen gleichsam handgreiflich zu machen **): so finden wir, daß die in dem Gewande des Burlesken dargestellte Sache, nämlich der bezielte Anstand und die Schicklichkeit im äussern Betragen einer Person, die ein so wichtiges Amt, wie das Amt des Richters ist, bekleidet, allerdings ernsthaft ist, und auch unsere heutigen

*) In sofern hat Hommel ganz recht, wenn er diese Bestimmungen unter die leges ridiculas zählt. (rhaps. Vol. IV. obs. 546.) Wenn er aber in der, nach Ausdruck und Sinn über jede komische Deutung erhabenen l. 19. §. 1. D. de officio praes. wo von jener erhabenen Gleichmuth des Richters die Rede ist, "simile quid," wie er sagt, findet, so hat seine Hermeneutik einer unziemlichen Possenmacherei als Magd dienen müssen.

**) Wie z. B. daß bei dem Eidschwure die drei aufgehobenen Finger die Personen der Gottheit, die eingeschlagenen 2 letzten Finger aber, und zwar der größere die Seele, "weil sie unter der Menschheit verborgen liege," der kleinere aber den Leib bedeute, "als der da klein gegen die Seele zu achten", wie in dem Corpus Constit. Brand. Culmbac. II. Th. 2. Bd. S. 199. mit noch mehrerem gar erbaulich zu lesen ist.

Richter dürfen sich nicht über die Regeln der Klugheit erhaben dünken, die darunter verborgen liegen.

Wer es weiß, wie sehr besonders der gemeine Mann an dem Äussern hängt, wie ihm eine gewisse Würde und schickliche Haltung des Richters in seinen äussern Handlungen und in seinem Benehmen, oft mehr ergreift, als die Wahrheit selbst, die er von ihm vernimmt, wer dieß weiß und Kenner des menschlichen Herzens ist, auch Sinn für Ordnung und Schicklichkeit hat; wer es ferner weiß, daß man das äussere Betragen oft nicht ohne Grund als den Spiegel innerer cultivirter oder vernachlässigter Eigenschaften annimmt, — dem kann es nichts weniger als erfreulich seyn, wenn er das Treiben gewisser Richter, besonders im Untergerichtsressort betrachtet, und wahrnimmt, wie unschicklich nicht selten die Geschäfte der Rechtspflege verwaltet werden. Wenn der Instruent, oder wohl gar Inquirent, dessen Äusseres vielleicht an sich zufällig wenig Ehrfurcht gebietet, auch nicht einmal sich die Mühe giebt, sich etwas zusammen zu nehmen; wenn es ihm gleichgültig ist, ob sein Bezeigen seiner amtlichen Würde und den Regeln des Schicklichen entspricht oder Anstoß erregt; wenn man ihn heute in dem Gerichtszimmer in eben der skurrilen Haltung erblickt, wie man ihn gestern Abends auf dem Kaffeehause gesehen: so kann er übrigens ein recht tüchtiger Geschäftsmann, ein geschickter Jurist seyn, zum Richter läßt er noch vieles zu wünschen übrig. Gott siehet das Herz an, der Mensch auch das Äussere, und urtheilt aus der Vernachlässigung desselben oft nicht ohne Grund ungünstig von dem Innern. Wer erst hauptsächlich auf dieses Äussere sieht, der große Haufe, findet hier leicht einen Anstoß, der auf den Gegenstand des Geschäfts selbst sehr nachtheiligen Einfluß hat.

Da zum Äussern vornämlich auch die Kleidung gehört, so zeichnet man den Beamten des Staats, dem Richter in mehrern Ländern durch eine Uniform aus; besser wäre eine angemessene einfache und minder kostspielige Amtskleidung, als eine mehr militärische Tracht, die nur selten dem Manne gut steht, und auf der einen Seite Anlaß zu Affektationen und Nachäffereien, auf der andern aber zu Spöttereien und fatalen Mißverständnissen giebt, besonders an Orten, wo Militär ist. Doch dieß nur im Vorbeigehen; hat der Richter einmal eine solche die Amtskleidung vorstellen sollende Uniform, so trage er sie, oder doch wenigstens eine andere saubere und anständige Kleidung. Wenn aber der Mann, wie dieß wohl hin und wieder geschieht, vielleicht aus ungeziemender Schonung für den bessern Rock *), den er auf dem Wege zum Gerichtshofe getragen, selbigen mit einem parat gehalten werdenden alten und abgeschabten sogenannten Arbeitsrock, eigentlich Schmutzkittel verwech-

*) Denn der Staat wird ihn hoffentlich rücksichtlich des Einkommens so gesetzt haben, daß er die Dauer eines Rocks nicht auf Jahre hinaus berechnen muß, so daß, wenn er in seinem Alter auf die durchlebten Jahre zurückschaut, er zugleich alle die Röcke vor sich sieht, die er seit seinem Candidatenstande getragen hat. Denn wäre freilich dieses der Fall, so würde allerdings manches, was ich hier als unschicklich bemerke, eine andere, wenigstens den armen Mann nicht treffende Ansicht erhalten, und man würde über die Wahl: einen schlechten Rock in Ehren oder einen bessern, den vielleicht die Schmach eines zerrissenen Charakters bedeckt, sich nicht lange bedenken; aber nach dem leidigen pauper ubique jacet, würde dann auch die Amtswürde auf einem losen Grunde ruhen.

seit, und in diesem unwürdigen Kostüme in der Audienz, oder was eben soviel ist, vor den Parteien erscheint, oder den Inquisiten zum Verhöre führen läßt; wenn dann der Actuarius judicii in seinem Anzuge nach der Rangstufe sich richtet, und ausserdem diese Diener der Gerechtigkeit auch in ihrem Thun und Treiben, Reden und Bezeigen platt und gemein sich darstellen; wenn sie z. B. bei gewissen, die Schamhaftigkeit beleidigenden Aufserungen, die bei Ehedissidiensachen oder in Schwängerungsklagen etwa der rohen Natur unwillkührlich entfallen sind, durch Verleugnung des dem Richter hier ziemenden Ernstes zu erkennen geben, daß dergleichen ihre unkeuschen Ohren kitzelt, oder wohl gar davon Anlaß nehmen, sich zu unwürdigen Scherzen und indiskreten Nachforschungen zu erniedrigen u. s. w.: so mag dieses Gericht nur nicht zuviel auf seine Legitimität sich zu gute thun. Es mag es sich vielmehr durchaus nicht befremden lassen, wenn der rohe und ungebildete Mensch, der als Partei oder Angeklagter vor ihm steht, vergißt, daß er etwas Anderes als seines Gleichen vor sich habe, in den Augen des übrigen Publikums aber diese Männer als Gegenstände des Mitleidens und der Geringschätzung erscheinen.

Nichts darf hier gleichgültig seyn, was auf die Meinung der Menge wirken kann, weder in dem Betragen und der Haltung der Gerichtspersonen noch in den örtlichen Umgebungen. Tabackspfeifen (fast sollte man dergleichen Erwähnungen für überflüssig halten; die Zuschauer von der Ferne halten es auch dafür!) Krüge, Flaschen und anderes an die liebe Wohnung erinnernde Geräthe — gleichsam ein selbstredendes "Thun Sie als ob Sie zu Hause wären!" — sind durchaus keine passende Attribute eines Gerichtszimmers, aus dem

überhaupt alles Stubenmäßige (ich wünschte sogar, daß es der Name wäre!) verbannt seyn soll; wo diese Attribute noch zu finden sind — in Deutschland wohl hin und wieder noch! — kann man es gerade nicht für ungewöhnliche Dreistigkeit halten, wenn die Parteien manches von der ehrfurchtsvollen Scheu ablegen, womit sie in das Gerichtshaus getreten sind.

Unsere Nachbarn jenseits des Rheins gehen uns in diesem Punkte mit einem nachahmungswerthen Beispiele voran, wenn sie die Justiz auch äusserlich in einer gewissen Feiergestalt erscheinen lassen, und der Deutsche sollte sich daher auf seine vermeinte innere Solidität nicht zu viel herausnehmen, vielmehr seiner lieben Bequemlichkeit schon bisweilen ein kleines Opfer zumuthen. Darum sollte aber auch in keiner Gerichtsinstruktion vergessen werden, jenen äussern Anstand zum Gegenstand einer ernstlichen Anempfehlung zu machen, und so allmählig auch durch das Ansehen des Gesetzes in uns den Glauben zu wecken, daß ein Wandel schlecht und gerecht zwar vollkommen den sittlichen Forderungen an den Mann im Privatleben entspricht, ohne daß damit allein der Charakter eines öffentlichen Beamten ausgefüllt und vornämlich den Forderungen genügt wird, die man an einen Richter macht, in dem die ehrwürdigste Gewalt des Staats personificirt erscheint. Es ist unverkennbar, daß unsere Rechtspflege besonders bei einem großen Theile der Untergerichte noch gar manches von dem Geiste des deutschen Amtirungswesens mit allem, was in dessen Gefolge ist, ablegen müsse. Es sind besonders gewisse beengende Begriffe vom herrschaftlichen Dienste und jene, ich möchte sagen, philisterthümliche Behaglichkeit und Selbstgenügsamkeit, die sich nur in der Maxime von Leben und Lebenlassen und sonst nirgends in die

Formen der Convenienz dienstwillig fügen, aber höheren Ansichten von dem Zwecke und der Würde des Richteramts Platz machen müssen, kraft deren allein der Richter dasteht als Mann von festem Willen und unerschütterlichem Muthe, und — auch dafür geachtet, mithin auch nicht leicht durch ungebührliche Zumuthungen in Versuchung gesetzt werden wird.

Die Vernunft kennt keinen subalternen Richter, er stehe hoch oder niedrig, er sey Mitglied des obersten Tribunals eines Reichs oder ein Unterrichter unter Bauern und gemeinen Professionisten; aber er muß sich nicht selbst dafür erklären durch einen subalternen Sinn und durch ein Benehmen, welches ihn nach den conventionellen Formen vom Anständigen und Schicklichen als einen solchen bezeichnet, der nur in dem, was er weiß, über dem Pöbel steht.

Es liegt aber auch in dieser Betrachtung eine Aufforderung an die Regierungsbehörden, bei der Würdigung der Qualifikation eines Richteramts-Candidaten nicht bloß auf dessen scientivischen und sonstig moralischen Werth Rücksicht zu nehmen, sondern auch dessen Äusseres einiger Aufmerksamkeit werth zu halten. Hat ihn die Natur dießfalls verwahrloset, oder sind üble Angewohnheiten bei ihm zur Fertigkeit geworden, womit schon der ungebildete Mensch aus den niedern Ständen die Vorstellung des Unschicklichen verbindet, und was Folge hievon ist, seine Meinung von dem Werthe des Mannes also seine Achtung herabstimmt: so mache man von des Candidaten übrigen Talenten einen andern Gebrauch, als durch Übertragung des Amts eines Richters, am wenigsten, wegen der nähern Berührung mit den Parteien und darunter namentlich gerade mit solchen, die mehr auf das Äussere sehen, eines Unterrich-

ters. Merken einmal unsere Richteramts-Aspiranten, daß auch solche Rücksichten ihre Qualifikation bestimmen, so werden sie in Zeiten sich sorgfältiger beobachten und so vielleicht manche Untugend ablegen, die sie bisher für gleichgültig angesehen haben *). Daß auch während der Vorbereitungspraxis von denjenigen, welche dem jungen Manne die erste Weihe im Geschäftsleben zu geben den verdienstlichen Beruf haben, vieles dießfalls geschehen könnte, lasse ich hier darum unberührt, weil ich nicht darauf rechnen darf, daß sich jeder Beamte damit abgeben wird, die freilich oft auch vergebliche Mühe des Hofmeisterns über sich zu nehmen. Auch weiß ich aus eigener langjähriger Praxis, daß die Mehrzahl unserer Jünglinge viel zu sehr von sich eingenommen ist, um hier noch Lehren anzunehmen, und statt aus fremder lieber aus eigener bitterer Erfahrung klug zu werden sich zur Maxime gemacht zu haben scheint.

Mit dem Äussern in der Person, und was damit zusammenhängt, ist es aber allein noch nicht geschehen; auch das Äussere in örtlicher Rücksicht, der Ort, wo Gericht gehalten wird, darf nicht vernachlässigt werden, und ist der Fürsorge der Regierungen und Liberalität der Finanzbehörden zu empfehlen. Die Gerichtssäle brauchen nicht Prunkzimmern zu gleichen; sie seyen einfach, aber anständig meublirt; ihr Anblick verkündige den Aufenthalt zu ernsten Beschäftigungen. Üppigkeit

*) Mehreres über das schickliche Benehmen und die äussere Haltung des Geschäftsmannes habe ich in meiner Schrift: der Geschäftsmann in Gegenständen der öffentlichen und Privatrechtspraxis (Erl. 1818. 8.) §. 43. S. 59. ff. erinnert. Leider daß dergleichen Erinnerungen häufig Worte in der Wüste sind.

und Pracht würden sich schlecht vertragen zu dem Orte, dessen Bestimmung es ist, daß daselbst wichtige Angelegenheiten und Sorgen der Menschen behandelt werden. Gemächer, deren Wände von den Klagen der Hülfesuchenden wiederhallen, wo um die theuersten Güter des Lebens gelöset wird, Gemächer, die man nicht betritt, um die Sinne durch den Anblick der Pracht und des Luxus zu ergötzen, — sollen auch nicht Empfindungen anregen, die mit dem Gemüthszustande derer, die sie meist unfreiwillig betreten, widerlich contrastiren müssen. Aber bis zum andern Extreme, bis zum Schmutz und zur Pauvrete muß unsere Theilnahme an dem menschlichen Elende nicht gehen; die Gemächer des Jammers müssen nicht auch von aussen jämmerlich aussehen. Zerbrochene Stühle, die vielleicht im ernstesten Moment des ernsten Drama's aufhören, ihren Dienst zu leisten, zerlumpte Gardinen, Wände, die vielleicht Jahre lang nicht geweißt worden, und was sonst noch gleichsam die Embleme so mancher Amtsstuben sind, deren Schilderung eher Hogarths Pinsel als der Feder sich fügt — dieß alles paßt schlecht zu der Idee von der Feiergestalt der Gerechtigkeit. — Und in diesen Gerümpelkammern, die so wenig mit einem Tempel der Themis gemein haben, als die Dorfschenken des Ritters von Mancha mit Kastellen, nehmen wir die ehrwürdigsten Handlungen der Justiz vor, lassen Eide schwören u. s. w. ohne weiter daran zu denken, daß es beinahe gotteslästerlich ist, das höchste Wesen auch in der Vorstellung von seiner Allgegenwart mit diesen Winkeln in irgend eine Verbindung zu bringen! Dürfen wir uns nun noch wundern, wenn in diesen, Werkstätten ähnlichen, Lokalitäten bei unsern Justizpflegern allmählig der Sinn für äussere Würde und Anständigkeit — und wenn es nur immer bei dem Äussern allein bliebe! — sich abstumpft?

Dürfen wir uns wundern, wenn namentlich das Mittel des Eides, wo bei den meisten Schwörenden so wenig auf den kalten Verstand und so viel auf Erregung der Phantasie ankommt, auch deßhalb immer mehr an Bedeutung und Zuverlässigkeit verliert? Und ist es mit Recht, daß wir es uns befremden lassen, wenn rohe Parteien, da sie durch äussere Würde, von Personen und Ort ausgehend, nicht gezügelt werden, bisweilen bis zu Beleidigungen der Amtsehre sich vergessen, statt daß es uns Wunder nehmen sollte, daß dergleichen nicht öfter vorfallen?

VII.

Über die sogenannte Administrativjustiz.

Der Gegenstand dieser Untersuchung betrifft einen der Hauptstützpunkte des ganzen Prozeßgebäudes, die Integrität des Richteramts, und wenn nicht daran zu zweifeln ist, daß die Wahrheit sich von ihrem Gegentheil, Unwahrheit und Schein, auch dadurch unterscheidet, daß sie nie verliert, sondern nur gewinnt, je öfter und länger sie betrachtet wird; so hat mich die Erwägung, daß über die gegenwärtige Materie neuerer Zeit mehrere Stimmen *) laut geworden, nicht abhalten

*) Hauptsächlich aus Anlaß des von Gönner. Entwurfs eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerl. Rechtssachen. Erlangen 1815. im 2. Bd. S. 45. ff. — Archiv für die civ. Praxis. III. Bd. S. 243. — Allg. Lit. Zeitung 1816. nr. 184. und Jenaische allg. Lit. Zeit. 1816. nr. 119. — Rudhart über die Verwaltung der Justiz durch die Administrativ-Behörden.

können, auch meine Meinung zu sagen und die Zahl der Prüfenden zu vermehren, da die Akten noch nicht geschlossen sind. Übrigens kommt es wohl bei dergleichen Untersuchungen nicht gerade immer darauf an, daß neue Materialien beigeschafft werden, sondern auch wohl auf die Art der Verwendung der schon vorhandenen, und wiefern der Sache durch eine neue Darstellung noch andere Ansichten abgewonnen werden, als die schon bekannten. Ich bin zufrieden, wenn mir nur letzteres gelingt.

§. 2.

Die höchste Unabhängigkeit des Richteramts von, außen und von innen ist das Palladium der Rechtsfreiheit im Staate. Der Richter muß nicht bloß so gestellt seyn, daß er, wenn er Recht spricht, keinen Mächtigen zu scheuen hat, also sicher vor den Verfolgungen der Gewaltigen, sondern es muß auch in der Verfassung des Gerichtswesens überhaupt und des richterlichen Amts insonderheit keine Veranlassung zu einem störenden Einflusse liegen, die etwa nur unter der Voraussetzung ungewöhnlicher persönlicher Eigenschaften der das Richteramt gerade jetzt verwaltenden Individuen nicht zu besorgen wäre. Es ist wohl bekannt genug, obschon in der Ausübung nicht immer hinlänglich anerkannt, daß keine Verfassung, keine Organisation der Gewalten auf Dauer Anspruch machen darf, wenn sie allein oder hauptsächlich auf die Gunst persönlicher Eigenschaften der Ge-

---

Würzb. 1817. 8. und vornämlich Mittermaier im Archiv für die civ. Pr. IV. Bd. n. XXIV.

Wie es scheint hauptsächlich gegen letztern gerichtet: Über das Forum der adm. content. Sachen. Ulm 1821. 8.

walthaber, also auf einen glücklichen Zufall berechnet ist. Wer von dem guten Willen, den Fähigkeiten und Kräften der thätigen Organe Ersatz für die Mängel im Organismus irgend einer Anstalt, und die Gewährschaft gegen Mißbräuche erwartet, wird sich ohne Zweifel sehr oft getäuscht sehen. — Jener schädliche Einfluß, jene gefährliche Abhängigkeit des Richteramts von innen äussert sich und ist beinahe unvermeidlich, wenn in der Justizhierarchie unter dem Namen einer Administrativjustiz eine von den ordentlichen Gerichten verschiedene richterliche Behörde organisirt wird, bei welcher nicht nur nach Grundsätzen der öffentlichen Verwaltung, sondern selbst von öffentlichen Verwaltern, die keine eigentliche Richter sind, vielmehr nur kraft des Organismus dieser Gewalt zu der richterlichen als einer Nebenfunktion bestimmt worden, den Staatsangehörigen in gewissen Privatangelegenheiten Recht gesprochen wird. Das Motiv dieser Verfassung soll seyn, daß diese Angelegenheiten Gegenstände der Staatsadministration berühren, oder eigenthümliche Sachkenntniß fordern, die man dem gewöhnlichen Richter nicht zutraut, die Zuziehung von Sachverständigen aber um deßwillen umgeht, weil ja doch aus dem erstern Grunde, der Berührung mit Gegenständen des öffentlichen Rechts, besondere Richter nothwendig seyen, die denn alles in sich vereinigen sollen, wessen es hier Noth thäte.

§. 2.

Wenn man diese Verwaltungsjustiz, bei deren Namen schon es einem fast unheimlich zu Muthe werden möchte, nur nach der erst gegebenen Definition oder Description ihrem Wesen und Charakter nach prüft, so

wird man auch ohne eine nähere Zergliederung ihrer Eigenschaften und Wirkungen zu dem Glauben veranlaßt, daß sie besonders in der hier und da erhaltenen Ausdehnung und dadurch herbeigeführten crassen Anwendung, eine in sich selbst widersprechende, darum unhaltbare Anstalt ist, ich möchte sagen ein Zwittergeschöpf, das nach seinem Organismus zwei entgegengesetzte Bestimmungen erfüllen soll, und darum keiner ganz genügt. Diese Justizanstalt, zu deren Empfehlung man alles gethan hat, wenn man sagt, daß sie im glücklichsten Fall unschädlich sey, nimmt unter den verrufenen Gewalts-Mengereien nicht die letzte Stelle ein, und kommt besonders mit gewissen in unsern Tagen lebhaft angeregten Ideen von einer soliden Rechtspflege in einen schneidenden Widerspruch. Während, wie ein freisinniger deutscher Rechtsgelehrter *) richtig bemerkt, die Frage über die Trennung der Justiz- und Verwaltungssachen unverkennbar in Verbindung mit dem ganzen Gange der Civilgesetzgebung und mit dem Begriffe des Eigenthums selbst stehet, während ferner alle Bestrebungen der Gesetzgebung in unserer Zeit dahin gehen, die höchste Freiheit des Privateigenthums zu sichern, und dasselbe von allen Rücksichten der Verwaltung loszumachen, muß es vorzüglich auffallen, wenn man diese Freiheit des Verkehrs, in welchem nur der Begriff eines reinen Eigenthums und bloß die consequente Rechtsansicht der Richter bei allen Entscheidungen darüber leiten dürfen, nicht auch durch die höchste Unabhängigkeit der Gerichte anerkennen will. In früherer Zeit, wo das Privateigenthum häufig nur als ein aus dem landesherrlichen Obereigenthum abgeleiteter Besitz erschien, waren freilich alle

*) Mittermaier a. a. O. S. 310.

privatrechtliche Verhandlungen mit Zwecken und Ansichten der Staatsverwaltung und Staatshaushaltung in steter Berührung. — So erscheint denn diese Justizeinrichtung schon als den ersten Forderungen an eine zweckmäßige Rechtspflege, der Regulirung des Mein und Dein, zuwiderlaufend, und man kann von ihr, wenn noch nicht mehrere Beschwerden über dieselbe laut geworden sind, nur annehmen, daß sie zum Glücke der Rechtsuchenden nicht allgemein eingeführt, oder (was freilich eben vom Zufall abhängt) subjektiv gut bestellt ist, oder auch wohl, daß, weil bei einem Prozesse ordentlicherweise doch nicht beide Theile verlieren, die Lobpreisungen der Gerechtigkeit von Seiten des Gewinnenden, den Ausbrüchen des Unmuths des Verlierenden beiläufig die Wage halten. Anders wäre es kaum zu erklären, wie in unsern Tagen sich der Stimmen so Viele gegen die wirklichen oder eingebildeten Gebrechen der deutschen Justizverwaltung, gegen die Verwaltungsjustiz aber so Wenige erhoben haben. — Vor allen muß man aber bei dieser ernsten Angelegenheit die kleinliche Vorstellung entfernen, als ob es sich hier nur um einen Conflikt über Zuständigkeiten der Richterwelt handele, um Reclamationen zum Besten der Gerichte. Es steht hier in der That ein höherer Preis als die Aufrechthaltung gleichsam von Zunftprärogativen auf dem Spiele; es gilt hier mehr als einer Gefälligkeit gegen die Richterkaste; und mag den "Juristen von Profession" mit Recht oder Unrecht der Vorwurf gemacht werden, "daß sie ein eigenes Völklein seyen, angesteckt vom Geiste, eine besondere Kaste zu bilden, und das Monopol über alles was auf Rechte sich bezieht, an sich zu reißen *)," (woran sie im übrigen so Unrecht gerade

*) von Gönner in den Motiven zum Entwurf eines Ge-

nicht thäten) — hier ist ganz und gar nicht von Arrogant, und wiefern sie ziemlich oder unziemlich, die Rede, sondern von etwas weit ernsterem; es gilt weit heiligern und wichtigern Interessen, es gilt — der gottgefälligen Gerechtigkeit, und ob sie gut oder schlecht, von Personen, die das Rechte wollen und verstehen, gehandhabt wird, oder von solchen, denen es vielleicht am Wollen und Verstehen fehlt! Leider daß die Richter hin und wieder von jener vorgeblichen Anmaßung sich nur zuweit entfernt halten; daß sie aus Bequemlichkeit oder Gleichgültigkeit so gar wenig eifersüchtig auf die Erhaltung ihres Wirkungskreises sind!

§. 3.

Es läßt sich nichts dagegen einwenden, oder doch wenigstens gut rechtfertigen, wenn man für gewisse Gegenstände z. B. Bergwerkssachen, Handels- und Wechselsachen ꝛc. eigene Gerichte (Partikulargerichte — fora specialia causae) — anordnet. Wenn es auch gleich nicht bloß darauf ankommt, daß die besondere Beschaffenheit jener Sachen eine eigenthümliche Beschleunigung fordert, die man etwa von den ordentlichen Gerichten wegen der Menge anderer Gegenstände, die ihnen obliegen, nicht erwarten zu können meint; denn dafür wäre wohl Rath zu schaffen, und gleich dringende Gegenstände der Rechtspflege kommen auch im reinen Justizressort vor z. B. Besitzstörungs-, Alimenten-Sachen ꝛc.: so tritt doch ein anderer Umstand ein, der hier für besondere Gerichte spricht. Die zur richtigen Anwendung des Faktums auf das Gesetz nothwendige voll-

---

setzb. über das gerichtliche Verfahren in bürgerl. Rechtssachen. S. 57.

ständige Kenntniß des erstern setzt soviel besondere Kenntniß des Geschäfts voraus, daß der Richter mit einer bloß oberflächlichen Einsicht in die unter das Gesetz zu subsumirenden thatsächlichen Umstände nicht ausreichen kann *). Hier fordert also gerade eine solide Rechtspflege, daß der Richter ein Mann von gründlicher Kenntniß des Materials der Entscheidung seyn müsse. Zwar stehen den Gerichten in Fällen, wo es auf eigenthümliche Sachkenntniß ankommt, Sachverständige bei, deren Urtheil ihnen den Stoff zur Reflexion über die Beschaffenheit der faktischen Verhältnisse liefert. Allein in jenen Gegenständen des Handels ꝛc. tritt nicht etwa bloß ausnahmsweise der Fall ein, daß der Richter sachverständigen Beistand braucht; dieser Fall ist vielmehr hier immer vorhanden, und selbst die Anwendung der Gesetze fordert einen technisch formirten Verstand. Es ist nicht bloß die Reflexion über den faktischen Stoff und dessen Behandlung zum Behufe der Subsumtionsfähigkeit unter das Gesetz, sondern diese Subsumtion selbst das Werk technisch-juridischer Bildung. Was folgt aber hieraus? Einmal, daß dieser Fall immer nur zu den Ausnahmen gehört; dann daß er als Abweichung von der Regel strenge anzuwenden, durchaus nicht über das was Noth thut; endlich daß für solche Gegenstände eigene Gerichte gebildet werden, deren Mitglieder zwar zum Theil aus Technikern, hauptsächlich aber aus Rechtsverständigen bestehen, und die auf das Richteramt förmlich verpflichtet seyn müssen.

Be-

*) Daß dieß vornämlich der Fall in Bergwerksſachen, und daher die Organisation eigener Gerichte in diesen Sachen zweckmäßig sey, s. Mittermaier der gem. Prozeß in Vergleichung ꝛc. II. S. 34.

Betrachten wir nun aber alle die Gegenstände, welche gewöhnlich zur Administrativjustiz gezogen werden, Gegenstände, welche ausser ihrem, überall vorherrschend erscheinenden privatrechtlichen Charakter, in das Gebiet der Polizei, der Staatswirthschaft, oder der Finanz-, der Kirchen- und Militärgewalt einschlagen, und deßhalb besondere Berücksichtigungen nach den Regeln der Verwaltung dieser Gewaltszweige fordern, wie man glaubt, und in gewisser Beziehung (sofern nämlich als von der Erkenntniß des faktischen Zusammenhangs die Rede ist — s. §. 10.) — auch wohl mit Recht glaubt: so werden wir bald überzeugt, daß hier der Fall einer nothwendigen Exemtion von dem ordentlichen Richter keineswegs eintritt, wenn wir anders nicht durch vorgefaßte Meinungen uns täuschen lassen. Wir finden vielmehr, daß, wenn wir auch alle die Bedenklichkeiten gegen die Befähigung der ordentlichen Gerichte ohne weiters als gegründet annehmen, das Resultat doch nicht zu den Widersprüchen führt, als diejenigen sind, die uns mehr oder weniger bei der Organisation einer Verwaltungsjustiz begegnen, von der man, um Alles mit Wenigem zu sagen, behaupten möchte, daß sie keine Justiz ist, eben weil sie eine Verwaltungsjustiz ist.

§. 4.

Es darf nicht befremden, wenn diese irreguläre Justiz besonders nach ihrer Formation und ihrem Personale keine große Ansprüche auf das Vertrauen des rechtsuchenden Publikums hat. Der von Gönnerische Entwurf benennt in den mittlern und untern Instanzen als Richter in administrativ contentiosen Sachen die Finanzkammern, die Rentämter, die Mautämter ꝛc. Es ist bekannt, daß beide letztere in der Regel mit reinen Finanzmännern besetzt sind, mit Personen,

denen nicht nur meisten Theils die Jurisprudenz ganz fremd, sondern oft nicht einmal eine strenge wissenschaftliche Bildung zu Theil geworden ist, weßhalb sie jedoch für ihr Fach um nichts weniger brauchbar, ja vielleicht gerade um deßwillen sehr brauchbar sind, weil ihr natürlich gesunder Blick und ihre durch Erfahrung und Routine erworbene Fertigkeit nicht durch Vielwisserei und, man erlaube den Ausdruck, speculative Unverdaulichkeiten eine schiefe Richtung und ein kränkelndes Wesen erhalten hat. — Die Finanzkammern, deren Mitglieder, auch was die wissenschaftliche Ausbildung anlangt, wenigstens die Vermuthung für sich haben, daß sie auf einer höhern Stufe der Intelligenz stehen, sollen unter andern in Rechnungssachen aller Administratoren sowohl der landesherrlichen Einkünfte als des Stiftungs- und Communalvermögens das richterliche Amt verwalten; sie sollen über die Reklamationen der Staatsdiener und Pensionisten wegen Regulirung der Gehalte und Pensionen in erster Instanz entscheiden *). Allein wenn auch in der Kammer einer oder etliche zur Justiz an sich geeignete Mitglieder sitzen, und diese den Vortrag haben, selbst wenn auch diese den Richtereid geschworen haben; so sind ja die übrigen, gleichwohl mit-

*) In Baiern findet dieß seit der Verfassungsurkunde nicht mehr Statt. Denn nach §. 29. des constitutionellen Edikts über die Verhältnisse der Staatsdiener ꝛc. sollen alle diesem Edikte zuwiderlaufende Verfügungen der Administrativ-Stellen als Civilrechtsverletzungen eine Klage vor dem competenten Richter begründen. Nur muß vorher die Beschwerde bei den einschlägenden obern Administrativ-Behörden vorgetragen und entweder die Entschließung verzögert, oder die Abhülfe verweigert worden seyn, ehe das Gericht die Klage annehmen darf.

stimmenden ja die Majora ausmachenden, Mitglieder in keiner dieser Kategorien. Darf also der untergeordnete Rechnungsbeamte, darf der Besoldungs- oder Pensions-Reclamant mit Zuversicht erwarten, daß ihm wie von einem ordentlichen Gerichte werde Justiz verwaltet werden, und muß er es sogar erwarten? Ich sage jetzt nichts von den mancherlei Collisionen zwischen diesen Richtern und den Parteien und wie die Unbefangenheit der erstern bisweilen auf eine harte Probe gestellt werden kann. Die deßfallsigen Bedenken dieten sich von selbst dar, wenn man erwägt, daß dieser Richter über eine unregelmäßige Verwaltung eines Rechnungsbeamten zugleich dessen aufsehende Behörde, und als solche dem Staate verantwortlich ist, und wie leicht Umstände eintreten können, daß der gerichtete Kassenbeamte seinen Richter als seinen Auctor und Litisdenunciaten in Anspruch nehmen kann. Und wer sieht nicht ein, daß der natürliche Vertreter des Staatsärars über Ansprüche an dasselbe nicht entscheiden kann, ohne Richter und Beklagter zugleich zu seyn? Doch davon hernach.

§. 5.

Den Verwaltungsrichtern fehlen die zwei Haupterforderniße zum Richteramt: die Geschicklichkeit und die Geneigtheit (dexteritas et sinceritas). Da man gewohnt ist, über nichts mit mehr Zuversicht abzusprechen, als über Gegenstände des Rechts (was an sich von einem eben so natürlichen als löblichen Gefühle herrührt, aber auch billig bei diesem Gefühle und bei einem gefühlmäßigen Urtheile bleiben sollte); da eben deßwegen gar viele in Rechtssachen urtheilen zu können sich berufen erachten, und man sich dabei auf den sogenannten gesunden Menschenverstand viel zu gute zu thun pflegt: so wird freilich jene Behauptung von einem

Mangel an Geschicklichkeit manchem mißfällig seyn. Der vorgegebene Mangel an Geneigtheit wird vollends als Verunglimpfung gelten. Allein man höre nur erst weiter. — Daß es, um für jetzt bei dem Vorwurfe der mangelnden Kenntniß zum Rechtsprechen stehen zu bleiben, unter den Verwaltungsrichtern vielleicht mehrere giebt, die das punctum juris so richtig treffen mögen, als es mancher ordentliche Richter, vielleicht nicht trifft, gebe ich recht gern zu; dagegen wird man mir zugeben, daß dieses die Sache nicht ändert. Wenn irgend vom Verstehen einer Wissenschaft oder Kunst die Rede ist, so pflegt man gewöhnlich die charakterisirende Bezeichnung nicht von bloßen Ausnahmen zu entlehnen; a potiori fit denominatio. Man hat Beispiele, daß bloße Milizen eben so Großes im Felde geleistet haben, als reguläre Truppen; man sagt aber darum nicht, daß die Milizen eben so gute Soldaten seyen, als die von der Linie. — Auch bin ich überzeugt, daß die Männer, welche zu Verwaltungsrichtern bestimmt sind, viel zu bescheiden von sich urtheilen, als sich des Besitzes der zum Richteramte nothwendigen Rechtskenntnisse und der zur Anwendung derselben erforderlichen, nur durch lange Übung zu erwerbenden, Fertigkeit und Taktfestigkeit in dem Grade zu rühmen, wie man sie von einem Justizmanne von Metier erwarten muß. Wir können nicht alle alles seyn, und daß zum Rechtsprechen mehr gefordert wird, als was der große Haufe der sogenannten Juristen von der Universität mit in das Geschäftsleben bringt, daß dazu eine vollendete, durch fortgesetzte Beschäftigung mit Rechtsgegenständen erworbene, juridische Bildung, eine vollständige Kenntniß des Systems der Rechtswahrheiten, sowie der gesetzlichen Bestimmungen bis in ihre Einzelheiten, überhaupt ein lichter Blick in das ganze Rechtsgebäude gehört, wird niemand wider-

sprechen. Denn nicht für jeden gegebenen Fall giebt es eine eigene Rechtstheorie, bei deren Kenntniß man aller andern entbehren könnte, also daß man gleichsam nur das Corpus juris aufschlagen dürfte. Zur Beantwortung der Streitfrage in concreto genügt es ganz und gar nicht, daß man nur die vermeintlich anzuwendende Gesetzstelle zu finden wisse, um darnach zu entscheiden.

§. 6.

Aber es ist auch hier mit dem Verstehen allein nicht jeder Zweifel beseitigt, es gehört zum Richteramt, wie gedacht, nicht bloß Geschicklichkeit sondern auch Geneigtheit. Wenn daher unsere Verwaltungsrichter sammt und sonders auch ausgemachte Juristen waren, wenn sie, so zu sagen, über der divinarum atque humanarum rerum notitia, auch justi atque injusti scientiam besäßen; so würde ihnen schon die nöthige Unbefangenheit, also diejenige Eigenschaft des Willens fehlen, ohne welche eine ganze Juristenfacultät moralisch unfähig seyn würde, Recht zu sprechen. Und diese den Verwaltungsbeamten so natürliche Befangenheit liegt, wie in der Folge näher dargethan werden wird, gerade in der Stellung, in der sie sich gegenüber den Rechtsuchenden befinden und in dem Einflusse rechtsheterogener Disciplinen, denen sie nach ihrem Beruf ihre Kräfte hauptsächlich widmen müssen, und vermittelst welches Einflusses jene Stellung nicht selten das Ansehen der Feindseligkeit erhält. Man würde es wohl ungereimt finden, den Armenpflegschaftsrath einer Stadt die Gerichtsbarkeit in Schuldklagsachen wider seine Bürger zu übertragen, weil sich wenigstens die bemittelten Bürger als Gläubiger nicht zum besten bei dieser Einrichtung befinden würden. Ist es aber, mutatis solum nominibus, anders, wenn unsere Verwaltungsbe-

hörden in Gegenständen richten, wo das rechtliche Interesse eines Privaten mit dem Gegenstand ihrer Administration in Berührung kommt, und wie dieß gewöhnlich ist, in feindselige? Die Finanzbehörde, welche in einer Abgaben-Defraudationssache zu erkennen hat, kann doch wohl nicht vergessen, daß die Sorge für das Staatseinkommen ihre erste, die Sorge, daß dem Menschen, der als Angeklagter vor ihr steht, nicht zu viel geschehe, aber nur ihre zweite sey. Die Culturbehörde, die in Agriculturstreitigkeiten richten soll, betrachtet den Streit hauptsächlich von der nationalökonomischen Seite; ihr ist vom Anbeginn an Unrecht, was dieser schädlich ist oder auch nur zu seyn scheint: denn daß man auch hier oft Schein für Wirklichkeit annimmt, daß manches, was für Mißbrauch erklärt wird, auch in Beziehung auf Nutzbarkeit oft sehr einseitig beurtheilt wird, ist leider ein Erfahrungssatz. So wird der Ausspruch der Vernunft: daß die höchste Eigenthumsfreiheit im höhern Sinne des Worts, wo auch wohlerworbene Dienstbarkeitsrechte in diese Kategorie gehören, das erste Beförderungsmittel der Industrie mithin auch der landwirthschaftlichen sey, fort und fort noch von gar Vielen überhört. Diese Culturrichter, diese Richter in Gewerbs-, in Einquartierungs-, in Kriegslasten-Peräquations- und ähnlichen Sachen haben ihre eigenen Reflexionsweisen. Das höchste Recht ist ihnen oft das höchste Unrecht. Weil ihnen das Gesetz in concreto zu hart scheint, weil nach ihrer beliebigen Vorstellung der Gesetzgeber das Gesetz anders modificirt haben würde, wenn er den gegenwärtigen, nach ihrer Meinung ausserordentlichen Fall sich gedacht, d. h. sich so gedacht hätte, wie er ihnen erscheint: so soll ihre subjektiv gebildete Billigkeit statt des strengen Rechts wirksam werden, und man glaubt noch sehr säuberlich mit diesem harten Gesetze zu verfah-

ren, wenn man es nach der vermeinten Absicht des Gesetzgebers billig erklärt. Daß hier, wo eine und dieselbe Person, die vielleicht weder zu dem einen noch zu dem andern berufen ist, den Richter und Gesetzgeber in sich vereinigt, Willkühr und Ungerechtigkeit unvermeidlich sind, wird mit aller Kunst der Dialektik und Sophisterei nicht wegdisputirt werden, wenigstens in dem Glauben derer nicht, deren Schicksal in diese richtenden Hände gegeben ist, wenn sie nicht höchst orthodox sind.

§. 7.

Wenn für Handels-, Wechsel-, Bergwerkssachen eigene Gerichte formirt werden, so beruht ihr Organismus auf einer ganz andern, der Haltbarkeit des Ganzen angemessenen Grundlage. Die hier Rechtenden sind selbst Sachverständige; sie können den Richter controliren, weil sie selbst vertraut sind mit den faktischen und rechtlichen Verhältnissen und Ansichten, worauf das Handels- ꝛc. Verkehr beruht. Es giebt hier keine Mysterien, deren Beschauung nur der richtenden Gewalt vergönnt wäre. Die Normen, wornach in Merkantilsachen gerichtet werden muß, sind so unwandelbar als die Solidität des Kaufmanns, worauf sein Credit, also seine ganze Existenz beruht; die den Bergwerkssachen nothwendige eigenthümliche Strenge bei der Beurtheilung schließt ohnehin alle Convenienz und Willkühr aus, und der Bergmann erkennt, daß es so seyn muß. Jede Veranlassung zum Mißtrauen fällt hier weg; ja die Einrichtung genießt sogar in dem Grade das besondere Vertrauen, als die eigenthümliche Behandlung als ein Privilegium bloß für die Rechtsuchenden erscheint, als eine Begünstigung des Verkehrs, welches unter den Formen eines für die gewöhnlichen Geschäfte des bürgerlichen Lebens berechneten Verfahrens in seiner Lebhaftigkeit, also in

seinem innersten Wesen benachtheiligt werden könnte; wozu noch kommt, daß hier — wenigstens in Beziehung auf den Gegenstand — Gleiche den Gleichen richten. Hier sind überdieß wirkliche Richter, Männer, die auch nicht durch das Interesse einer verschiedenartigen Amtspflicht befangen sind. Der Beisitzer des Wechselgerichts urtheilt rein nach den Grundsätzen des Wechselrechts, also eines Zweigs des reinen Privatrechts, nicht nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts, nicht nach Maximen einer administrativen Fürsorge, gleichsam eines ministère public, auch nicht nach den geschmeidigen Formen der Zweckmäßigkeit, die sich nach den Umständen fügen; strenge und unbeugsam, wie der rigor cambialis, ist sein Urtheil. Was aber diesen besondern Gerichten in Vergleichung mit den Verwaltungsgerichten eben den wesentlichen Vorzug und generischen Unterschied beilegt, ist, daß sie bloß zwischen Privaten, ohne Einmischung eines unsichtbaren, aber doch mächtig und fühlbar Rechte geltend machenden Interessenten — gemeines Wohl, Raison d'état, oder wie sonst genannt — richten, daß sie bloß streitige Privatrechtssachen behandeln, die sich von den gewöhnlichen bürgerlichen Rechtssachen nur durch die Form des Faktums unterscheiden, das hier eine eigenthümliche Sachkenntniß voraussetzt, nicht durch die Form des Rechts, oder das Prinzip, welches das Sach- und Rechtsverhältniß vermittelt, während dieses vermittelnde Prinzip bey der Verwaltungsjustiz aus Abstraktionen des öffentlichen und Privatrechts besteht, und in diesem Gemische eigentlich eine besondere Rechtsspecies bildet. —

Noch schlimmer wird die Sache, wenn eine Kameralbehörde in Gegenständen des Kameralressorts den Privatmann richtet, und zugleich den Vertheidiger der

Rechte des Fiskus macht. Hier ist der rechtende Bürger um so übler daran, da er in seinem Richter zugleich seinen Gegner vor sich sieht. Daher hat diese Art von Justiz schon von jeher die öffentliche Meinung gegen sich gehabt, und wenn man die Sache unbefangen betrachtet, und den eigentlichen Beruf eines Regierungs- und Finanzbeamten, und daß niemand zwei Herren zugleich dienen kann, erwägt: so wird man die alte Behauptung, daß Christus und die Gerechtigkeit nicht in der Kammer zu suchen seyen, nicht geradehin für eine grund- und lieblose Beschuldigung eines juristischen Ultra erklären.

§. 8.

Wenn der Kameralist in Beziehung auf die Justizverwaltung die Meinung des Nichtkönnens und Nichtwollens gegen sich hat, so ist das kein bloßes Vorurtheil. Der tüchtigste Staatsökonom, der bewährteste Finanzmann kann ein sehr mittelmäßiger, oft wohl sogar ein schlechter Jurist seyn; ja er ist nach dem Erfahrungssatze, daß selten ein Mensch in zwei verschiedenen Fächern gleiche Vorzüglichkeit besitzt, vielleicht in dem Grade kein Jurist, als er für einen guten, vortrefflichen Kameralisten gilt. Schon der Umstand, daß die Rechtspflege, welcher der Rechtsgelehrte vom Berufe sein ganzes Leben widmet, des Mannes eigentliches Fach nicht ist, daß sie nur einen verhältnißmäßig sehr kleinen Theil seiner amtlichen Bestimmung einnimmt, macht seine Befähigung bedenklich. Hierbei ist aber auch nicht zu vergessen, welchen Einfluß eine gewohnte Hauptbeschäftigung, wenn sie von der Nebenbeschäftigung der Art nach ganz verschieden ist, auf diese nothwendig äussern muß. Unsere Kameralisten, indem man sie zu Richtern macht, hören nicht auf Kameralisten zu seyn. Die Grundsätze, Maximen und Ansichten, nach welchen sie

in ihrem Hauptberufe zu verfahren gewohnt sind, werden also mit auf den Nebenberuf übergetragen. So kann es denn nicht fehlen, daß sich der Verwaltungsbeamte auch bei dem Rechtsprechen in seinem gewohnten Elemente zu befinden glaubt, und was der Landescultur, der Finanzhaushaltung, der vermeinten öffentlichen Wohlfahrt zusagt, als höchstes Gesetz in das Auge faßt, neben welchem vielleicht das den Servitutanspruch des Klägers begründende bürgerliche Gesetz und andere Gesetze, wornach wohlerworbene Rechte der Einzelnen sonst vor den Tribunalen Schutz finden, mehr oder weniger verschwinden. Auch wird es wohl nicht fehlen, daß nicht, nach Gelegenheit der warmen Theilnahme an gewissen sogenannten gemeinnützigen, aber mit dem, was man eigentlich Recht nennt, oft schlechterdings unvereinbarlichen Unternehmungen des Gegentheils, das Beharren auf dem wohlerworbenen Recht als Eigensinn, Streitsucht und Engherzigkeit erklärt wird, weßhalb denn der mißliebigen Rechthaberei wie billig durch den Sinn gefahren wird. Die richtende Verwaltungsbehörde tritt also, wie in der Folge noch weiter ausgeführt werden wird, in eine ihrem ganzen übrigen Wesen fremde Sphäre. Daher so manche eigenthümliche Ansichten dieser Verwaltungsrichter von Recht und Unrecht; daher jene leidigen Billigkeitstheorien, womit man die wohlerworbenen Rechte der Einzelnen nach dem Leisten eines sogenannten Gemeinwohls zu richten und zu recken sucht; daher mit einem Worte jenes überall sichtbare Bestreben, reine Privatrechte, weil sie das Allgemeine mit berühren (und doch sind es wohl nur sehr wenige Privatsachen, von welchen sich dieses absolut nicht sagen ließe, so daß also, was unterscheidendes Merkmal seyn soll, gerade dazu dient, die Verwirrung vollständig zu machen), nach Normen des öffentlichen Rechts zu modeln,

und so statt das Faktum unter das Gesetz, dieses gleichsam unter jenes zu subsumiren. Bedächte man überdieß, daß die Praxis des öffentlichen und des Privatrechts ewig getrennte Begriffe sind, die sich so wenig identifiziren lassen, als das, was mein ist, zugleich aller Andern seyn kann!

Was ich bisher über die Einrichtung einer Verwaltungsjustiz gesagt habe, macht es schon ziemlich klar, daß dieselbe den Forderungen, die man an die Rechtspflege macht, nicht entspricht, und so hätte ich eigentlich für meine Behauptung,

daß es eben so unnöthig als zweckwidrig, ja gefährlich ist, durch diese Institution den Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte zu beengen,

wohl wenig mehr zu sagen. Die Sache ist indessen zu wichtig und folgenreich, und die Ansichten der Fehlerhaftigkeit der Maßregel zu vielseitig, als daß ich eine etwas umständlichere Betrachtung, verbunden mit der Widerlegung der von den Vertheidigern dieser Verfassung vorgebrachten Gründe für überflüssig halten könnte. Ich werde zu zeigen versuchen:

I) daß es unbedenklich ist, auch die sogenannten administrativ contentiosen Sachen den ordentlichen Gerichten zu überlassen;

II) daß es bedenklich, ja gefährlich ist, selbige den Verwaltungsbehörden als Richtern zu übertragen.

Das Resultat hievon wird denn seyn: keine Administrativjustiz.

I. Es ist unbedenklich, auch die administrativ contentiosen Sachen den ordentlichen Gerichten zu überlassen.

§. 9.

Was sich hier zuerst der Betrachtung darbietet, ist der Einwurf: daß bei diesen Sachen besondere wissenschaftliche oder technische Kenntnisse erforderlich seyen, die den gewöhnlichen Gerichten mangelten. Allein wenn man diese Kenntnisse etwas näher betrachtet, so ergiebt sich sehr bald, daß man darunter nichts weiter versteht, als was man überhaupt unter *factum* begreift, welches dem Richter entweder von den Parteien klar gemacht werden muß, also zur narratio facti gehört, oder wenn die Parteien selbst verschiedene Ansichten hierüber haben, durch einen unparteiischen Sachverständigen aufzuklären ist, wozu es also nicht der Anordnung einer besondern richterlichen Behörde bedarf. So handelt es sich also überall nur um die richtige Auffassung eines thatsächlichen Verhältnisses, das dem Richter auf irgend eine Weise dargethan werden muß. Es ist demnach nicht einmal nothwendig, daß der Richter Techniker sey, um auf ein technisches Verhältniß das Gesetz anzuwenden. Indessen soviel Kunst- und Sachkenntniß, um den ihm vom Sachverständigen dargelegten Stoff richtig aufzufassen und gleichsam zu verarbeiten, muß der Richter freilich besitzen. Dazu gehört aber auch so viel nicht, und der ordentliche Richter könnte nicht lange sein Amt verwalten, wenn mehr dazu gehörte. Wie viele Streitigkeiten in Mühlensachen, bei dem Fabrikwesen, bei dem Landbau ꝛc. setzen besondere Kunst- und Gewerbskenntnisse voraus, ohne daß man je daran gezweifelt hat, daß der ordentliche Richter, wenn er gleich

weder Müller von Profession, noch Fabrikant, noch Landwirth ist, hier zu erkennen Fähigkeit und Beruf habe. Die Regeln und Kunstvortheile, mittelst deren, nur dem Sachverständigen geläufiger Anwendung die Kunst und das Gewerb fruchtbar für das menschliche Leben und Verkehr wird, also auch wohl zu Irrungen und weiterhin zu Prozessen Anlaß giebt, machen eben auch einen Theil des Faktums oder der Begebenheit aus, die unter das Gesetz zu subsumiren ist. Sie sind nicht mehr und nicht weniger thatsächliche Gegenstände, Verbindungen und Modifikationen von Handlungen, als alle andere Handlungen und Verkehrsformen, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, und welche bei einem darüber entstehenden Zweifel durch Anwendung der Gesetze auf selbige ihre Richtung nach rechtsgesetzlichen Forderungen erhalten müssen, nicht weniger als diejenigen, die sich in ihrem eigentlichen Verhältniß einfach auch dem ungeübten Auge darstellen, wie ein einfaches Darlehens-, ein Kaufs-, Miethe- und dergleichen Geschäft. Es sind mit einem Worte facta, deren Beschaffenheit dem Richter dargethan werden muß, und dargethan werden kann.

Der Rechtsgelehrte, der als Richter auf ein technisches Verhältniß das Gesetz anwenden, und daher von jenem und seiner Beziehung auf dieses sich eine richtige Vorstellung machen soll, kann sich des Gutachtens eines Sachverständigen bedienen, und thut es auch in so vielen Fällen, indem er den Technologen, den Künstler, den Arzt um sein Parere fragt. Umgewandt könnte man hierbei die Frage aufwerfen: bei wem soll aber der rechtsprechende Techniker sich Raths erholen, wenn er über den Sinn des Gesetzes und seine Anwendung zweifelhaft ist? — und ist er fähig zum Rechtsprechen, also zum Richteramte, wenn er sich so in Verlegenheit

befindet? Durchaus in kein verschiedenes Verhältniß als das des Mangels besonderer Wissenschaft oder technischer Kenntniß tritt der Richter, wenn er über eine Rechtssache urtheilen soll, die unter den Formen der öffentlichen Verwaltung sich gestaltet und so gleichsam etwas von deren Wesen angenommen hat, oder wenigstens selbige berührt. Er wird manches ihm noch Unbekannte z. B. über die Manipulationen und Prinzipien der Steuereinschätzung, der Domainenverpachtung, des Militärverpflegungswesens u. s. w. zu wissen nöthig haben, um das streitige Rechtsverhältniß treffend zu entscheiden, wenn das klagbar verfolgte Privatrecht bei Gelegenheit oder vermöge der Wirksamkeit der Finanz- oder der Polizei-Verwaltung entstanden ist. Aber das Verhältniß, dessen Regulirung dem Richter obliegt, bleibt immer eines und dasselbe, die Anwendung des Gesetzes nämlich auf ein Faktum, es mag das Gebiet einer besondern Wissenschaft, oder einer Kunst, oder eines Gewerbes die Stoffe geliefert haben, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten gewirkt werden, sowie die Rechnungsspecies dieselbe bleibt, ich mag mit großen oder kleinen Summen zu thun haben, mit Zahlen oder Buchstaben rechnen. Wenn die Gemeinde A unter sich oder mit der Gemeinde B wegen der Kriegslasten-Concurrenz in Streit geräth, so sind in der Hauptsache die leitenden Rechtsgrundsätze keine andern, als wenn C und D auf den Grund der Gesellschaftstheilungsklage, oder der condictio ex l. rhodia de jactu utilis mit einander Prozeß führen. Ob daher das unter das Gesetz zu subsumirende *) thatsächliche Verhältniß aus der

*) Es versteht sich von selbst, daß es überhaupt ein Privatrechtsgegenstand und als solcher unter das bürgerli-

Finanz-, oder der Polizei-Verwaltung, oder aus einem andern Zweige der öffentlichen Administration seinen Ursprung ableitet, ob es zu seiner richtigen Würdigung in thatsächlicher Beziehung (denn mehr bedarf es nicht) Kenntniß der Steuerverfassung, der Gewerbsverfassung, des Militärverwaltungs-, Einquartirungs-, Conscriptionswesens fordert, — das ist in Beziehung auf das Wesen der Sache, auf die Bedingungen der Möglichkeit der Gesetzanwendung, ganz einerlei mit dem Verhältniß, in welchem der Richter, der nicht Techniker ist, zu den im gewöhnlichen Sinne sogenannten technischen Gegenständen steht. Der Richter bedarf eigenthümlicher Sachkenntnisse und sie müssen ihm an die Hand gegeben werden, es mag der Fiskus als Kläger gegen seinen Kassenbeamten, ein Gutsherr gegen seinen Verwalter, oder der Besitzer einer Brauerey gegen seinen Braumeister klagend auftreten; es mag von einem Anspruche die Rede seyn, der aus einer unter der Leitung der öffentlichen Verwaltung stehenden Brandassekurationsanstalt, einem öffentlichen Wittwencassen-Institut seine Entstehung erhalten, oder aus einem Privatgesellschafts-Vertrag, einem Leibrenten-Kontrakt, einer Altentheils-Bestellung ꝛc. Mag es daher immer seyn, daß der Richter, der über die Verbindlichkeiten eines Rechnungsbeamten urtheilen soll, selbst keine Kenntniß vom den Manipulationen des Rechnungs- und Kas-

che Gesetz zu subsumiren seyn muß. Denn ist er dieß nicht, handelt es sich etwa von Rechten zwischen der Staatsgewalt als solcher und dem Unterthan als solchem, so ist dies eine Sache des öffentlichen Rechts, und es kann und wird keinem bürgerlichen Richter einfallen, sie für sein Forum zu ziehen. Doch davon in der Folge.

senwesens bis in die hier zur Sprache kommenden Einzelheiten hat; die Streitfrage wird sich, nach vollständiger Auseinandersetzung des Faktums mittelst Vorlegung der Amtsinstruktionen, Erklärung des Mechanismus des Geschäfts u. s. w. endlich so einfach darstellen, daß sie jedem gebildeten und in den auf so mancherlei Art verwandten Geschäftsformen des Verkehrs nicht unerfahrnen Mann einleuchtet, also doch wohl auch dem Richter. Man müßte sonst, und wenn es nicht möglich wäre, das, worauf es in facto hier ankommt, demselben zur subsumtionsmäßigen Deutlichkeit zu bringen, billig zweifeln, ob er auch die gesetzlichen Theorien von dolus, culpa, vom Mandatsvertrage, von der Rechnungslegung und so manches Andere überhaupt zu begreifen im Stande gewesen. Daß den Parteien (und darauf kommt am Ende der ganze hier bezielte Zweifel hinaus) das streitige Faktum klarer ist, als dem Richter, das liegt in der Natur der Sache; aber wer könnte daraus folgern, daß dieser darum zu urtheilen und vermögend seyn sollte? Sonst müßte man ja beinahe das Ungereimte folgern, daß das Richteramt demjenigen übertragen werden müßte, der als Zeuge oder Sachverständiger die thatsächlichen Verhältnisse am besten kennt, und sollten es am Ende selbst die Parteien seyn, ohne Rücksicht, ob sie Recht zu sprechen verstehen, oder Recht sprechen wollen. Das Faktum ist und bleibt immer nur eine Prämisse zu dem Rechtssyllogismus; wer von der andern keine klare Kenntniß hat, und die Gabe der Subsumtion nicht besitzt, der wird in Ewigkeit keinen formgerechten Schluß zu Tage fördern.

§. 10.

Es ist aber auch die Theilnahme der Verwaltungsbehörden nirgends ausgeschlossen; nur in dem ihnen zu-

kom-

kommenden Wirkungskreise und nur nicht weiter sollen sie thätig zu werden verlangen, das heißt also als Sachverständige und beziehungsweise als Betheiligte. Auf diese Weise mögen sie denn als Organe der Regierungsgewalt in den sogenannten administrativ contentiosen Gegenständen mitwirkend auftreten, also da wo, wie sie sagen, die Privatrechtssache die öffentliche Verwaltung mitberührt, oder wo die Grundsätze, wornach jene zu entscheiden ist, nicht bloß aus dem reinen Privatrechte, sondern auch aus Principien der öffentlichen Administration, gewissermassen aus einer Art von Mittelrecht zwischen jus privatum und publicum, entlehnt werden sollen. Hier mögen sie immer mit ihrer Meinung als Sachverständige gehört werden, wie sie als Betheiligte in mehreren Fällen dieser Art ohnehin gehört werden müssen; und so mögen sie denn dem Richter das thatsächliche Verhältniß in seinem ganzen Umfange und nach allen rechtlich zu berücksichtigenden Beziehungen aufklären. Dabei werden denn allerdings Betrachtungen als erheblich erscheinen, wie folgende: über die nothwendige strenge Ordnung und Regelmäßigkeit der öffentlichen Administration, über die Bedingungen der Erhaltung gewisser Institutionen, und wie sich die Interessen der Einzelnen schon vermöge der Verbindung, in welche sie willkührlich oder nothwendig mit jenen Einrichtungen getreten sind, (als Verwalter, Contrahenten, Unterthanen, Gemeindeglieder ꝛc.) darnach fügen müssen u. s. w. — Diese und ähnliche Betrachtungen werden allerdings nicht die letzte Stelle einnehmen. Auch kann und muß man von dem Richter billig erwarten, daß er auf diese Verhältnisse, in welchen sich denn auch zugleich das richtig verstandene gemeine Wohl ausspricht und über Privatinteressen die Oberhand behält, gerecht

Rücksicht nehme, was er ja ohnehin bei jedem rechtlich erheblichen Faktum zu thun schuldig ist. In dieser so eben bezeichneten Stellung mögen sie wirksam werden diese Verwaltungsbehörden: — nur richten selbst sollen sie nicht und können es nicht, weil sie mehr oder weniger als Partei erscheinen, sey es am Ende auch weniger der Sache als der Meinung nach, weniger um des Interesse willen, das sie an den Resultaten des Streits als eigentliche Parteien nehmen, als wegen desjenigen, das ihnen ihre Meinung über die rechtliche Beschaffenheit des Streits giebt, immer also Interessen, welche sich mit den Interessen, um welche es sich in dem Prozesse eigentlich handelt, nicht selten sehr unfreundlich berühren.

§. 11.

An der Möglichkeit der richtigen Auffassung der Thatsachen von Seiten des Richters kann also nicht gezweifelt werden, wenn es auch auf technische oder besondere wissenschaftliche Kenntnisse dabei ankommt. Aber, wendet man ein, der gewöhnliche Richter werde hier nicht selten mit Betrachtungen in Widerspruch kommen, welche das Staatswohl fordert; er werde im starren Halten über Grundsätzen des reinen Privatrechts das öffentliche Interesse benachtheiligen, das bei der Rechtssache der Einzelnen in Berührung kommen könne. — Diese Besorgniß ist überall grundlos. Denn kommen Rücksichten für das allgemeine Beste, um für jetzt bei diesem stehen zu bleiben, zur Sprache, treten also die so eben (§. 10.) berührten und ähnliche Beziehungen ein, wo das besondere Interesse gegenüber dem allgemeinen aufhört, ein rechtliches zu seyn, eben weil das allgemeine rechts

lich begründet ist; so kann und wird der Richter nicht starr, oder eigentlich rechtswidrig, an Gesetzen hängen, die nicht für den Fall passen. Im übrigen ist es in der Regel schon bedenklich, wenn in Sachen der Einzelnen viel von öffentlichem Wohle geredet wird. Es ist vielmehr ein Satz, der wohl ziemlich als durch Vernunft und Erfahrung bewährt angenommen werden kann: daß das allgemeine Beste durch das Beste der Einzelnen bedingt ist *), daß überhaupt jenes am sichersten berathen ist, wo jedem sein Recht widerfährt, am unsichersten aber, wenn eine vermeinte Billigkeit und die vagen Theorien vom gemeinen Wohl, das sich jeder auf seine Weise denkt und in Ermangelung fester Normen auch denken muß, über das Gesetz die Oberhand behalten.

*) C'est un paralogisme, sagt Montesquieu (de l'esprit de lois L. 26. ch. 15.) de dire que le bien particulier doit céder au bien public: cela n'a lieu que dans les cas où il s'agit de l'empire de la cité, c'est-à-dire de la liberté du citoyen: cela n'a pas lieu dans ceux où il est question de la propriété des biens, parceque le bien public est toujours que chacun conserve invariablement la propriété que lui donnent les lois civiles. Posons donc pour maxime que, lorsqu'il s'agit du bien public, le bien public n'est jamais que l'on prive un particulier de son bien, ou même qu'on lui en retranche la moindre partie par une loi ou un réglement politique. Dans ce cas il faut suivre à la rigueur la loi civile, qui est le palladium de la propriété. Ainsi lorsque le public a besoin du fonds d'un particulier, il ne faut jamais agir par la rigueur de la loi politique; mais c'est là que doit triompher *la loi civile, qui, avec des yeux de mère, regarde chaque particulier comme toute la cité même.*

Sind die Gesetze wirklich unbillig oder den Verhältnissen nicht angemessen, so müssen sie geändert werden; dieß ist aber Sache der gesetzgebenden Gewalt, nicht des Richters. Das Gesetz, das dieser bei seiner Entscheidung sich selbst giebt, ist auf jeden Fall noch schlechter als das schlechteste Gesetz. Dann kann man billig fragen: bei welchem Privatrechtsstreite läßt sich schlechterdings behaupten, daß er das Allgemeine nicht berühre? Offenbar beweist man also zu viel mit einer Behauptung, woraus vielleicht folgen würde, daß man die verwaltenden Stellen überhaupt in allen Rechtssachen zu Richtern machen, oder Justiz und Verwaltung wieder zusammenwerfen müsse. Kaum daß wir also angefangen haben, zur Überzeugung zu gelangen, daß die Trennung der Gewalten Bedingung einer freien Verfassung sey, kehren wir wieder zu der lieben alten Gewaltsvermischung zurück, wo der Amtscastner, der Amtskellner u. s. w. auch zugleich der Amtsrichter ist, und zwar ganz consequent mit jenem Prinzipe.

§. 12.

Was den Fall anlangt, wo das Interesse des Staats, zur Frage kommt, so muß dieses, sofern es ein fiskalisches ist, ohnehin auf bestimmten gesetzlichen Normen beruhen, und einer förmlichen Entscheidung vor den Gerichten unterstellt werden. Ist aber die Rede davon, daß der Streit der Privaten mit Gründen der Staatsfürsorge in Collision kommt, also die richterliche Gewalt mit der Regierungsgewalt; so versteht es sich von selbst, daß hier der Richter, der nur die Streitigkeiten der Unterthanen des Staats untereinander, nicht der Unterthanen gegenüber der Staatsgewalt zu entscheiden befugt ist, sein Amt nicht verwalten kann, wenn Unterthanen mit der Staatsgewalt rechten, und der

Streit die Befugniß einer Regierungshandlung z. B. auf den Grund des juris eminentis betrifft. Dieß hindert aber nicht, daß der Richter, wenn er gleich die Einschreitungen der vollziehenden Gewalt des Staats nicht abwenden kann, dennoch da thätig wird, wo es sich um die rechtliche Ausgleichung jener unwiderstehlichen Maßregeln handelt. Das Richteramt kann und muß also eintreten, wo es auf die Wirkungen von Regierungshandlungen in Beziehung auf Entschädigung des verletzten Privatmannes ankommt. Hier, wo schlechterdings von nichts weiter als von Mein und Dein die Rede ist, von dem Ersatze des Werths des Ackers, den der Unterthan bei einer der Landstraße gegebenen neuen Richtung hat hergeben müssen, hier wird der Staat wohl nichts anders verlangen, als was jeder seiner Bürger auch verlangen kann, — eine gerechte Entscheidung. Eine gerechte Entscheidung wird aber nur eine solche seyn, die ohne alle Nebenrücksichten sowohl für den Bauer, als vermeintlich Opfer bringenden Theil, als für das Finanzärar, und "wieviel durch diese neue Straße Gutes gewirkt werde, und wie das Ärar durch zweckmäßige Ersparnisse allein im Stande erhalten werde, ähnliche nützliche Unternehmungen zu machen ꝛc." schlechtweg erkennet, was Rechtens ist. — Der Staat kann verlangen, daß die kindische Lust, welche der Bauer gerade an dem von der Straße betroffenen Stück Landes hat oder affektirt, indeß ihm vielleicht alle andern, die jetzt eben ausser Anspruch sind, für Geld recht sehr feil sind, kein unstatthaftes Gewicht über die kalte richterliche Reflexion behaupte. Es kann aber auch der Bauer verlangen, daß nur das Gesetz durch die Stimme des Richters das Urtheil bei Feststellung der Schadensersatz-Pflicht spreche, und daß für jetzt alle andere Rücksichten bei Seite gesetzt werden "auf die

große Wohlthat einer kürzern Straße, und auf die gemeinnützigen Anstalten, womit die höchstherrschaftliche Kammer das ganze Publikum sowohl hier als sonst zum lebhaftesten Dank verpflichtet" und was dergleichen devote Erwägungen mehr sind, wovon aber Ulpian und Paulus nichts wissen, wenn von dem Ersatze für einen entzogenen Acker die Rede ist. — Daß der Richter gegen den Staat nicht parteiisch sey, das hat dieser wenigstens eben so gut zu erwarten als in gleichem Falle der Privatmann. Besorgt der Staat einen Mangel an Kenntnissen überhaupt, so hat er sich es wohl zunächst selbst beizumessen; warum hat er dem unqualificirten Mann einen Richterposten anvertraut. Besorgt er, daß selbiger aus Mangel besonderer Kenntniß des Falles und seiner Verhältnisse unrichtig urtheilen möge; so liegt ihm ob, das faktische Verhältniß und was nach seiner Meinung auf die Entscheidung Einfluß hat, gehörig auszuführen. Der Fiskus ist wohl unter allen Parteien diejenige, die am wenigsten über verkümmertes rechtliches Gehör zu klagen Ursache haben wird, diejenige, die wohl am wenigsten von sich sagen kann, daß es ihr an Gelegenheit der erforderlichen Rechtsausführung und Vertheidigung fehle. Es wird auch der vielvermögenden Verwaltungsbehörde, wenn sie als Gegner einer Privatpartei auftritt, nicht schwer fallen, mittelst der grossen Masse ihrer Beweisgründe und aus der reichen Quelle, woraus sie schöpfen kann, da sie, und nur sie, die Schlüssel zu den Archiven und Registraturen hat, die Gerechtigkeit ihrer Behauptungen darzuthun, so daß höchstens der Gegenpartei bange seyn dürfte, wenn sie mit einer Verwaltungsbehörde in die Schranken tritt, nicht dieser vor jener.

§. 13.

Wenn von besondern Rücksichten die Rede ist, welche der Richter bei den administrativ contentiosen Sachen zu nehmen habe, und die man nur den Verwaltungsbehörden, nicht aber den ordentlichen Gerichten zutraut, so fragt man billig, was denn dieses eigentlich für Rücksichten sind, die nicht auch der ordentliche Richter beobachten könnte, wenn es anders — zu berücksichtigende Rücksichten sind? Der Einwand ist so mysteriös und dunkel gestellt, als die bezielten Rücksichten selbst das offene Licht zu scheuen scheinen. Man *) führt deßfalls als Beyspiel an, "wenn von der Herstellung oder Reparatur einer Kirche, eines Pfarr- oder Schulhauses, von der Besoldung des Pfarrers oder Schullehrers, von der Übernahme des Defects einer Kirchenpflege die Rede sey, wie leicht könnte es einer Gemeinde einfallen, mit dem in Anspruch genommenen Decimator sich zu vereinigen, ihm seine Verbindlichkeit gänzlich zu erlassen, und mit der einstimmigen Erklärung aufzutreten, sie verzichte auf die Wohlthat, eine eigene Kirche, einen eigenen Pfarrer und Schullehrer zu haben ꝛc. Der strenge Civilrichter hätte nach der Natur seines Amts keinen Grund, dieser Vereinigung, da sie keine positive Rechtsverletzung enthalte, (?) die Bestätigung zu versagen; oder (also tertium non datur?) diese Streitigkeit würde ein halbes Menschenalter unentschieden hingehalten, bis endlich die Kirche einfällt, Pfarrer und Schullehrer im Elende untergehen und die Gemeinde verwildert." — In der That eine graufenhafte Aussicht! Glücklicherweise ist die Sache ganz anders, und fast möchte man meinen, unser Anonymus sey einer von jenen Verwaltungs-

*) Über das Forum der adm. content. Sachen S. 25.

beamten, von denen vorhin gesagt wurden, daß sie in der Wissenschaft und Praxis des Civilrechts eben nicht sehr bewandert seyen, und er wolle selbst diesen Vorwurf rechtfertigen. — Wird denn, — so wird hier jeder erinnern, der auch nur oberflächliche Kenntniß von dem Prozeßgange hat, — wird denn der Richter dort nach nichts weiter fragen, als nach dem, was die zeitigen Gemeindegenossen für gut befunden, und ob die Gemeinde eingewilligt habe? wird er sie rücksichtlich eines solchen Übereinkommens ohne weiters als *ad causam* **legitimirt** ansehen? oder wird er sie vor allen anweisen, den consensum eorum, quorum interest, oder derer, die der Betheiligten Stelle vertreten, und die Genehmigung der oberaufsehenden Gewalt beizubringen? Kann aber die Gemeinde dieß bewirken, so kann ja auch der Administrativrichter nichts weiter thun, als den Vergleich für gültig annehmen! Gerade der "strenge Civilrichter" wird sich hier vielleicht strenger als ein anderer an die gesetzlichen Erfordernisse zur Gültigkeit der Verträge und Vergleiche halten. — Was aber die leidige Verschleppung bei den eigentlichen Justizbehörden anlangt, so muß man sich selbige eben gefallen lassen, — wenn es kein Mittel dagegen giebt.

§. 14.

Wenn also nur dieß die Rücksichten sind, welche bei der Entscheidung der administrativ contentiosen Sachen von dem Richter beobachtet werden müssen, so ist es nicht nothwendig, darum eine eigene Gerichtsbehörde zu schaffen. Aber — und das ist eben der kritische Punkt — bei näherer Ansicht ergiebt sich bald, daß hier ganz andere Rücksichten im Hintergrunde zum Vorscheine kommen, leider daß es Rücksichten sind, die eigentlich mit dem "**strengen**" Rechte, wie modifikativ zu sa-

gen beliebt wird, d. h. mit dem Rechte, welches recht ist, gar wenig gemein haben. Die strengen, richtiger zu sagen, die eigentlichen Rechtsnormen, wornach die Privatrechtssache zu entscheiden wäre, sollen durch Grundsätze und Ansichten des öffentlichen Rechts, nach Gründen des gemeinen Wohls, nach staatswirthschaftlichen und politischen Prinzipien, vielleicht nur nach Maximen der verwaltenden Organe gleichsam gemildert und gemodelt, mit den Forderungen des gemeinschaftlichen Wohlbefindens Aller, hin und wieder etwas crispinisch, in Harmonie gebracht werden, und das alles nach dem so oft mißverstandenen Satze: daß summum jus summa injuria sey. So will man es. Dabei hat es nun aber freilich das Unbequeme, daß hier nicht das Gesetz, sondern die Willkühr richtet, die mit allen guten Absichten da, wo es das Recht gilt, absolut nichts taugt. Betrachtungen des allgemeinen Besten gehören da, wo es auf Mein und Dein ankommt, durchaus nicht für den Richter, sondern nur für den Gesetzgeber, der bei der Erlassung eines Gesetzes über das Landescultur-, Gemeinheitstheilungs-, Gewerbs-, Armenwesen ꝛc. über die Regulirung der Kriegskostenausgleichung, der Gemeindesachen u. s. w. alles dasjenige vorher, also ehe noch der hiernach zu beurtheilende Fall eintritt, zu berücksichtigen hat, was man wünscht, daß judicando zur Norm angenommen werden soll. Dieß fordert die Vernunft, die es widersprechend findet, daß der Richter auch der Gesetzgeber sey, indem er nach seinen individuellen Ansichten ad praeteritum, also mächtiger noch als selbst der Gesetzgeber, bestimmt, was die rechtsuchende Partei hätte thun oder lassen sollen, um des bestrittenen Rechts theilhaft zu werden. Die bittere Erfahrung, welche die Partei hier macht, dient ihr aber nicht einmal für die Zukunft als eine Art von gesetzlicher Norm,

weil ein anderer Richter wieder nach andern Ansichten von dem, was billig und gut ist, urtheilen kann und wahrscheinlich auch urtheilen wird. So wird es denn leider zur Regel, was jener alte Rechtsgelehrte sagt *): in hoc genere quaestionum de aequo et bono plerumque sub auctoritate jurisscientiae perniciose erratur. Ich sage, es wird zur Regel; denn diese unheilbringende Entscheidungsmaxime kommt nicht bloß, wie bei den gewöhnlichen Richtern, ausnahmsweise zur Anwendung, weil der Verwaltungsbeamte bei dem Mangel gesetzlich vorgeschriebener Normen, wenn er richtet, nothwendig immer auf seine subjektiven Ansichten, auf eine von dem richtenden Individuum sich selbst gebildete Theorie von Recht und Billigkeit, oder, was nicht viel besser ist, auf solche Normen sich gewiesen sieht, welche die Partei entweder gar nicht oder doch nicht vollständig kennt, ihre Handlungen also nicht darnach einrichten kann, die selbige mithin genau genommen rechtlos machen. — Nothwendig muß eine Einrichtung, wo der Richter die Streitigkeiten der Privaten (und von diesen ist hier überall nur die Rede, es mag nun übrigens der Privatus mit dem Privaten oder über einen Gegenstand des Privatrechts mit der Staatsgewalt rechten) nicht nach den bürgerlichen Gesetzen allein, sondern nach politischen und staatswirthschaftlichen Prinzipien und nach dem vagen Gober der administrativen Erwägungen entscheiden soll, — als eine wahre contradictio in adjecto erscheinen. Wendet man etwa dagegen ein, daß die Administrativjustiz doch schon in mehreren Staaten lange bestanden, so kann man mit noch mehr Recht auch die Justiz im Orient rühmen, die

*) L. 91. §. 3. D. de V. O.

sogar die Auctorität des grauen Alters noch weit mehr für sich hat. Der Mensch gewöhnt sich endlich an alles, wenn er nicht weiter weiß, und da bei der schlechtesten unter den schlechten Justizeinrichtungen doch immer wenigstens ein Theil gewinnt und nur einer verliert; so ist das Nothgeschrei natürlich so allgemein nicht, als bei Einrichtungen, die Alle gleich drücken, wie z. B. schwere Abgaben, wo Cajus unmöglich froh und gutes Muths seyn kann, wenn seinem Nachbar Titius die Haut über die Ohren gezogen wird. — Daß man in Frankreich über diese Verfassung eben nicht günstig urtheilt, darüber hat Mittermaier in der angeführten Abhandlung ansehnliche Auctoritäten allegirt, worauf ich mich hier beziehen will.

§. 15.

Auch der gewöhnlich langsame Gang der Justiz wird als Grund für die Exemtion dieser Sachen von dem ordentlichen Forum angeführt. Aller Fürsorge für das Justizfach ungeachtet, sagt man*), mehrten sich die Prozesse mit jedem Tage, die Justizstellen seyen mit Geschäften überladen, und man könne ihnen also nicht noch mehr aufbürden. — Ich lasse dahin gestellt seyn, was es mit der gerühmten Fürsorge für das Justizfach für eine Bewandtniß hat; ich sage nur, daß es mit der vorgeblichen Vermehrung der Prozesse hin und wieder auf eine Täuschung hinauskommen mag. Die Zahl der Prozesse in der wirklichen Welt hat sich wohl gerade nicht vermehrt, aber wohl in der Welt der Controlen, Tabellen und Rechenschaftsberichte. Man hat es in neuerer Zeit mit der Aufsicht strenger genommen,

*) Über das Forum der adm. cont. Sachen S. 41.

weil ein anderer Richter wieder nach andern Ansichten von dem, was billig und gut ist, urtheilen kann und wahrscheinlich auch urtheilen wird. So wird es denn leider zur Regel, was jener alte Rechtsgelehrte sagt *): in hoc genere quaestionum de aequo et bono plerumque sub auctoritate jurisscientiae perniciose erratur. Ich sage, es wird zur Regel; denn diese unheilbringende Entscheidungsmaxime kommt nicht bloß, wie bei den gewöhnlichen Richtern, ausnahmsweise zur Anwendung, weil der Verwaltungsbeamte bei dem Mangel gesetzlich vorgeschriebener Normen, wenn er richtet, nothwendig immer auf seine subjektiven Ansichten, auf eine von dem richtenden Individuum sich selbst gebildete Theorie von Recht und Billigkeit, oder, was nicht viel besser ist, auf solche Normen sich gewiesen sieht, welche die Partei entweder gar nicht oder doch nicht vollständig kennt, ihre Handlungen also nicht darnach einrichten kann, die selbige mithin genau genommen rechtlos machen. — Nothwendig muß eine Einrichtung, wo der Richter die Streitigkeiten der Privaten (und von diesen ist hier überall nur die Rede, es mag nun übrigens der Privatus mit dem Privaten oder über einen Gegenstand des Privatrechts mit der Staatsgewalt rechten) nicht nach den bürgerlichen Gesetzen allein, sondern nach politischen und staatswirthschaftlichen Prinzipien und nach dem vagen Codex der administrativen Erwägungen entscheiden soll, — als eine wahre contradictio in adjecto erscheinen. Wendet man etwa dagegen ein, daß die Administrativjustiz doch schon in mehreren Staaten lange bestanden, so kann man mit noch mehr Recht auch die Justiz im Orient rühmen, die

*) L. 91. §. 3. D. de V. O.

sogar die Auctorität des grauen Alters noch weit mehr für sich hat. Der Mensch gewöhnt sich endlich an alles, wenn er nicht weiter weiß, und da bei der schlechtesten unter den schlechten Justizeinrichtungen doch immer wenigstens ein Theil gewinnt und nur einer verliert; so ist das Nothgeschrei natürlich so allgemein nicht, als bei Einrichtungen, die Alle gleich drücken, wie z. B. schwere Abgaben, wo Cajus unmöglich froh und gutes Muths seyn kann, wenn seinem Nachbar Titius die Haut über die Ohren gezogen wird. — Daß man in Frankreich über diese Verfassung eben nicht günstig urtheilt, darüber hat Mittermaier in der angeführten Abhandlung ansehnliche Auctoritäten allegirt, worauf ich mich hier beziehen will.

§. 15.

Auch der gewöhnlich langsame Gang der Justiz wird als Grund für die Exemtion dieser Sachen von dem ordentlichen Forum angeführt. Aller Fürsorge für das Justizfach ungeachtet, sagt man*), mehrten sich die Prozesse mit jedem Tage, die Justizstellen seyen mit Geschäften überladen, und man könne ihnen also nicht noch mehr aufbürden. — Ich lasse dahin gestellt seyn, was es mit der gerühmten Fürsorge für das Justizfach für eine Bewandtniß hat; ich sage nur, daß es mit der vorgeblichen Vermehrung der Prozesse hin und wieder auf eine Täuschung hinauskommen mag. Die Zahl der Prozesse in der wirklichen Welt hat sich wohl gerade nicht vermehrt, aber wohl in der Welt der Controlen, Tabellen und Rechenschaftsberichte. Man hat es in neuerer Zeit mit der Aufsicht strenger genommen,

*) Über das Forum der adm. cont. Sachen S. 41.

was allerdings nicht anders als löblich ist. Deßhalb paradiren nun aber eine Menge Streitigkeiten als Prozesse in den Listen, die sonst als sogenannte Klag- und Verhörshändel kurz und gut abgewandelt wurden, (um mich dieses den modus procedendi eigens bezeichnenden Ausdrucks zu bedienen), ohne daß eine Oberbehörde davon etwas zu hören oder zu sehen bekam. — Wenn man übrigens von der Justiz trennt, was nicht zu ihr gehört, so kann man schon ungeschieden lassen, was Gott zusammen gefüget hat, alles nämlich was das Rechtsprechen betrifft, das von Anbeginn der Welt an niemand besser konnte, als die Gerichte, sowie niemand besser rechnen als die Rechner von Metier. Schaffe man übrigens nebenher nur das viele Schreiben ab, und — es wird alles recht gut gehen.

Was übrigens die mehrere Beschleunigung insonderheit noch betrifft, so kommt es nur darauf an, daß der Gesetzgeber das Gebiet der summarischen Sachen erweitere. Man führt ja überhaupt nicht Prozeß zum Staate; doch gleicht unser ordentlicher Prozeß in vielen Stükken einem Leichengepränge, wo man durch äussern Pomp und einen feierlichen Condukt von mehr behaglich als traurig gestimmten Leidtragenden dem Unrecht des einen Theils, bisweilen auch wohl dem Recht, gleichsam die letzte Ehre anthut; freilich auf Kosten der trauernden Hinterbliebenen, der verlierenden Partei nämlich, die nun zu ihrem Verlust auch dasjenige zu rechnen hat, was diese Auszeichnung kostet. — Das Verfahren in Besitzstörungs-, Alimenten ꝛc. Sachen beweist hinlänglich, daß die Langsamkeit der Gerichte eben kein nothwendiges Übel ist. Aber die Geschwindigkeit ist noch nicht das Vornehmste und Höchste unter den Prozeßgeboten.

Si vous examinez, ſagt Montesquieu *), les formalités de la justice; par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop: si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont *le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté.* En Turquie, où l'on fait très peu d'attention à la fortune, à la vie, à l'honneur des sujets, on termine promptement d'une façon ou d'une autre toutes les disputes. La manière de les finir est indifférente, pourvu qu'on finisse. Le bacha, d'abord éclairci, fait distribuer, à sa fantaisie, des coups de bâton sur la plante des pieds des plaideurs, et les renvoie chez eux. — Mais dans les états modérés, où la tête du moindre citoyen est considérable, *on ne* lui ôte son honneur et ses biens qu'*après un long examen.*

§. 16.

Ein Hauptbedenken findet man in der beſorglichen Colliſion zwiſchen den Verwaltungsſtellen und den Gerichten, und in den vermeinten Eingriffen der letztern in die Regierungsrechte. Allein dieſes Bedenken iſt ganz unerheblich. Was Regierungs- und Juſtizſachen ſind, wie ſich der Wirkungskreis der Polizei, der Finanz ꝛc. von dem der Juſtiz unterſcheidet, dieß hat ziemlich feſte

*) de l'esprit de lois Liv. VI. ch. 2.

Grenzen, daher auch, wie die Erfahrung lehrt, nicht leicht Übergriffe mit Erfolg Statt finden können. Ob gewissen Classen von Gewerbsberechtigten eine mehr beengte oder erweiterte Befugniß angewiesen, wie die Rechte und Verbindlichkeiten mehrerer von einerlei Art unter sich und gegen auswärtige im allgemeinen bestimmt werden sollen, dieß vor sein Forum zu ziehen, kann vernünftigerweise gewiß keinem Richter einfallen; es ist Sache der Staatsgewalt im Wirkungskreise der Gesetzgebung und Regierung; eben so ob eine Gewerbsverleihung als ein individuelles Gesetz oder Privilegium ertheilt werden soll. Der Richter constituirt weder allgemeine, noch besondere Gesetze; er handhabt nur die constituirten, indem er das Verhältniß einer Handlung, eines concreten Falles, zu einem Gesetze regulirt. Die Polizeigesetzgebung kann daher bestimmen, daß die Müller nicht mit Mehl handeln; wie viel sie als Mahlmetze nehmen sollen ꝛc. Eine Reklamation bei dem Richter wäre sehr vergeblich, theils weil die Verordnung auf kein bestimmtes Individuum gerichtet ist, theils weil der gesetzgebenden Gewalt, indem ihr vorbehalten ist, allgemeine Anordnungen zu machen, gesetzt, daß sie auch, wie jedes Gesetz die persönliche und Eigenthumsfreiheit berühren, auch die Beurtheilung der Zweckmäßigkeit zugetraut und vorbehalten seyn muß. Ist aber von der Anwendung des Gesetzes in concreto die Sprache, beschwert sich der Mehlhändler A über den Müller B, so kann nicht die gesetzgebende und eine ihr ähnliche Gewalt, sondern nur der Richter entscheiden. — Nicht minder erkennbar als die Grenzlinien der gesetzgebenden Gewalt sind die der Regierungsgewalt. Wenn die Regierung zur Zeit einer Brodnoth ausser den an einem Orte mit dem ausschließlichen Gewerbsbetriebe concessionirten Bäckern auch Andern das Brodbacken auf den Verkauf gestattet,

und die Concessionisten wollten sich an den Richter wenden; so würde er sie wahrscheinlich abweisen, weil er kein Gesetz hat, welches das Verfahren in Theurungssachen regulirt, gegen die zugelassenen Nothbäcker aber nicht die allgemeinen Gesetze von Pfuschern Anwendung finden.

Besorge man daher weiter nicht, was der Verfasser der oben S. 203. allegirten kleinen Schrift: über das Forum ꝛc. S. 21. besorgt, daß wenn man alles, was auf Rechte sich beziehe (soll heißen Privat-Rechte; denn ohne diesen Beisatz ist es eben ein falscher Vordersatz, aus welchem denn freilich ein falscher Schluß oder auch ein absichtlicher Trugschluß folgt) ausschließlich der richterlichen Sphäre anweise; so würde dadurch die nothwendige Wirksamkeit jeder andern Staatsgewalt zernichtet werden, indem es nur einer geschickten Wendung bedürfe, um jede Sache zu einer Justizsache zu machen, und nach wenig Jahren dem ganzen bürgerlichen Leben keine andere Bewegungsform als die des Civilprozesses übrig zu lassen. — Um diese Besorgniß mit einem Mal als grundlos darzustellen, bedarf es wohl nichts, als die Frage: wie lange besteht denn eigentlich die ganze Herrlichkeit mit dieser Administrativ-justiz? — Seite 11. jener Schrift stehen ihre Geburtszeugnisse. Aber vor dem 28. Pluviose des Jahrs 8. war doch auch eine Justiz und eine Ordnung in der Welt. Was übrigens vor dem Jahre 1806. den deutschen Territorial-Staatsrechtslehrern, wie man sagt, Wasser auf die Mühle gewesen seyn mag, das hat seit dem aufgehört, von Belang zu seyn.

So geht also die Hauptbesorgniß, um welche sich die Einwendungen des Verfassers jener kleinen Schrift drehen, von der unwillkührlich oder willkührlich falschen

auch, wie die Erfahrung lehr
mit Erfolg Statt finden könn
von Gewerbsberechtigten
eiterte Befugniß angewies
ndlichkeiten mehrerer vor
n auswärtige im all
llen, dieß vor sein
eise gewiß keinem
Staatsgewalt im
Regierung; eben
individuelles
. Der Rich
ondere Gese
n er das
les, zu e
kann da
handel
ine R
ils w
n
n
nach der Erfahrung
verschiedenen Spaltungen
geistreicher und erfahrener
Zeiten in den
gebenen Gesichtspunkten

Versuch über das Ideal einer
. S. 65.

den sonderbarsten Anlagen
gewißer Grad der Cultur
waren, in dieser Hin-
a causarum, de-
scheidung zum
n schwierig
es kann
sionen
mit vie-
entscheiden
mit den höch-
en ihnen gefährt
reit der Parteien,
Veranlassung gab; und
war es der Bürger noch
Zweifels über die richtige
ei jenem nicht selten vorkamen,
b bei diesem noch viel häufiger.
r den Ansprüchen des Bürgers auf
und prompte Rechtspflege keinen, der
Augen fällt, als den, daß es ihm leicht
Richter zu finden, daß darüber kein Irr-
att finden könne, und daß er nicht Gefahr lau-
Herodes zu Pilatus geschickt zu werden."

§. 18.

Gesetzt aber auch, es gäbe keine Mittel in einem wohlgeordneten Staate, dem Richter, der sich in den Wirkungskreis einer Verwaltungsstelle einmischen wollte, Schranken zu setzen, wieweit würde er in seinen Anmaßungen kommen, daß er nicht auf wahre Ungereimtheiten stieße? Welchen Anhalt hätte er, um über die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Anordnungen der regierenden Gewalt zu urtheilen? Nach welchem Maß-

Ansicht aus, daß man dem Richter einen Wirkungskreis ausser bloßen Rechtssachen anweisen, ihm auch zu Eingriffen in wahre Regierungsrechte, weil — hier doch auch Rechte zur Sprache kommen, wenigstens Anlaß geben wolle. Daß dieß aber ein, schon bei halber Beleuchtung, verschwindendes Trugbild ist, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

§. 17.

Somit wäre die Besorgniß ohne Grund, daß sich die Gerichte unstatthafte Einmischungen in den Wirkungskreis der Verwaltungsbehörden erlauben, und die Maßregeln der Regierungsgewalt hemmen möchten, wenn die in Frage stehende Exemtion nicht bestünde. Weit öfter aber als diese Besorgniß, welcher durch eine solide Verfassung und sorgfältige Grenzregulirung leicht vorgebeugt werden kann, würde eine andere eintreten, wenigstens die Ressort-Conflikte zur Störung des Geschäftsganges sich vermehren, wenn statt der einfachen, selbst einem minder scharfen Auge sich zeigenden Grenzlinie zwischen dem was Justiz und Nichtjustiz ist, eine dergleichen zwischen den Justizgegenständen selbst, wiefern sie nämlich reine oder gemischte wären, zu ziehen versucht würde, deren Confinien so in einander sich verschmelzen, daß Jurisdiktionsstreitigkeiten, also ein Prozeß über den Prozeß, nach der Erfahrung fast unvermeidlich sind. "Die verschiedenen Spaltungen der Gerichtsbarkeit, sagt ein geistreicher und erfahrner Mann *), welche in den neuern Zeiten in den cultivirten Staaten aus so sehr verschiedenen Gesichtspunkten Statt gefun-

den

*) v. Reibnitz Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung I. Th. S. 65.

den haben, gehören zu den sonderbarsten Ausgeburten der Verbildung, welche ein gewisser Grad der Cultur mit sich führt. Am sonderbarsten waren, in dieser Hinsicht, die so sehr mannigfaltigen Fora causarum, deren Erkennungsmerkmal oft eine Unterscheidung zum Grunde lag, die selbst dem Kunstverwandten schwierig heraus zu finden war. Die Nachwelt wird es kaum glaublich finden, daß eigene Jurisdictionscommissionen oder Kollegia niedergesetzt werden mußten, die mit vielem Fleiße die dießfälligen Streitigkeiten entscheiden mußten, die mit Wärme, mit Eifer und mit den höchsten Anstrengungen des Scharfsinns von ihnen geführt wurden. Unterdessen ruhte der Streit der Parteien, der zu dem Jurisdictionsstreite Veranlassung gab; und war der Richter verlegen, so war es der Bürger noch mehr, denn die Fälle des Zweifels über die richtige Jurisdiction, die schon bei jenem nicht selten vorkamen, äusserten sich natürlich bei diesem noch viel häufiger. Ich kenne aber unter den Ansprüchen des Bürgers auf eine gründliche und prompte Rechtspflege keinen, der mehr in die Augen fällt, als den, daß es ihm leicht sey, seinen Richter zu finden, daß darüber kein Irrthum Statt finden könne, und daß er nicht Gefahr laufe, von Herodes zu Pilatus geschickt zu werden."

§. 18.

Gesetzt aber auch, es gäbe keine Mittel in einem wohlgeordneten Staate, dem Richter, der sich in den Wirkungskreis einer Verwaltungsstelle einmischen wollte, Schranken zu setzen, wieweit würde er in seinen Anmassungen kommen, daß er nicht auf wahre Ungereimtheiten stieße? Welchen Anhalt hätte er, um über die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Anordnungen der regierenden Gewalt zu urtheilen? Nach welchem Maß-

ſtabe wollte er z. B. beſtimmen, daß das Marſchcommiſſariat, indem es einer Truppenabtheilung dieſe oder jene Route vorgeſchrieben, gefehlt, daß es die Dislokation nicht zweckmäßig vorgenommen habe, wenn zwei Gemeinden oder Marſchſtationsbezirke über die Grundſätze der Peräquation in Streit gerathen? Er wird die Ausgleichung rechtlich reguliren, im Übrigen aber ſich nicht weiter darum bekümmern, was etwa von der politiſchen Behörde zur Abwendung des Streits hätte geſchehen können. Ferner, nach welchem Maßſtabe wollte er beſtimmen, daß es zur Abwendung der Gefahr des Weiterverbreitens einer Feuersbrunſt, oder einer Viehſeuche, nicht des Einreißens des Gebäudes des X, nicht des Todtſchlagens des Viehes des Y und Z bedurft hätte? Darüber wird er wohl im ganzen Corpus Juris kein Geſetz finden. Er wird ſich alſo von ſelbſt darauf beſchränken, die privatrechtlichen Folgen jener Ereigniſſe zu beſtimmen, letztere ſelbſt aber als geſchehene Dinge betrachten, ſowie er andere unabwendbare Ereigniſſe betrachtet, woraus gleichwohl Rechte und Verbindlichkeiten entſtehen, vermöge ihres Einfluſſes auf die Verhältniſſe des bürgerlichen Lebens, die nun einer Änderung bedürfen. Nach gleicher Anſicht verfährt er, wenn er die Verbindlichkeiten des Pächters gegen den Verpächter anders modificirt, weil Mißwachs oder Hagelſchlag eingetreten iſt. —

Dafür daß der Bürger des Staats nur zweckmäßigen Geſetzen gehorchen darf, daß er ſich der Wohlthat einer milden Regierung erfreuen kann, und nicht unter dem Druck unerſchwinglicher Laſten und anderer ſeiner individuellen Freiheit nachtheiligen Verhältniſſe und Anordnungen der regierenden Gewalt leiden muß — dafür kann kein Richter etwas; dafür muß den Bürger

die Verfassung schützen, und die Mittel, welche ihre Gewährschaft ausmachen. Auch verfahren in wohlgeordneten Staaten die Verwaltungsbehörden nicht nach Willkühr, und selbst in Gegenständen, wo es sich um reine Regierungsakte handelt, die jedoch das Interesse der Privaten berühren, wird ein dem civilrechtlichen ähnliches Verfahren beobachtet, wobei denn den, durch die Einschreitungen der untern Verwaltungsstellen Beschwerten der Recurs an die obere Behörde offen bleibt, so daß also auch die Zweckmäßigkeit der Handlung ein Gegenstand der Reclamation des betheiligten Privaten wird *).

*) Musterhaft ist diesfalls die k. baier. Verordnung vom 14. Aug. 1815. Reg. Bl. 1815. S. 724. in Betreff der Abtretung eines Privateigenthums für öffentliche Zwecke, und sie kann auch recht gut als Wegweiser zur Schlichtung des Grenzstreits zwischen Regierungs- und Justizsachen dienen. Da nicht jeder meiner Leser im Besitze der bemerkten Gesetzsammlung seyn möchte, so will ich den wesentlichen Inhalt jener Verordnung hier angeben; sie lautet wie folget:

1) Keine Staatsbehörde ist befugt, selbst für öffentliche Zwecke, die Abtretung des Privateigenthums eines baierischen Einwohners zu verfügen, oder darauf einen Antrag zu stellen, wenn nicht die Erhaltung des ganzen gemeinen Wesens oder eines Theiles desselben, in einem Kollisionsfalle, sie nothwendig macht, wie z. B. bei Verfügungen nöthiger Maßregeln gegen den Feind zur Gegenwehr, zur Bewährung ganzer Distrikte des Landes durch Dämme und Deiche gegen Überschwemmungen ꝛc.; oder, wenn nicht, ohne eine solche Abtretung, gemeinnützige öffentliche Anstalten, z. B. neue Heerstrassen zur Beförderung des äussern und innern Handels ꝛc. ausgeführt werden können, oder wo nicht

§. 19.

Bisher (§. 9. ff.) ist gezeigt worden, daß es unbedenklich ist, die administrativ contentiosen Sachen

---

allenfalls zur Erreichung nothwendiger polizeilicher Zwecke, z. B. in Beziehung auf die Gesundheit der Einwohner, auf Abwendung der Feuersgefahr ꝛc. dergleichen Abtretungen erfordert werden. Nur in diesem und ähnlichen Fällen kann der Staatseinwohner gezwungen werden, sein Privateigenthum abzutreten.

2) Wenn einer der bezeichneten Fälle eintritt, so soll die einschlägige administrative Behörde mit den Betheiligten vor Allem eine gütliche Übereinkunft versuchen.

3) Findet diese nicht statt, und der Besitzer des angesprochenen Eigenthums verweigert die Abtretung desselben aus dem Grunde der nicht vorhandenen Nothwendigkeit oder des nicht vorhandenen allgemeinen Nutzens in Beziehung auf den angegebenen öffentlichen Zweck, so hat die unterste administrative Justizbehörde, nach vorgängiger summarischer Instruktion der Sache, in erster — das einschlägige General-Kreis-Kommissariat in zweiter — und der königliche geheime Rath in dritter und letzter Instanz darüber zu erkennen.

Dabei sind, ohne jedoch auf eine Summa appellabilis Rücksicht zu nehmen, die in der Verordnung vom 8. August 1810. (Regierungsblatt 1810. St. XXXVIII. S. 642 — 646.) über die Vervollständigung der Kompetenz-Regulirung des geheimen Rathes vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu beobachten.

4) Wird die Abtretung des Privateigenthums von dem Besitzer aus einem der obigen Gründe nicht verweigert, oder es ist über die Nothwendigkeit einer solchen Abtretung von der kompetenten administrativen Behörde ein rechtskräftiges Erkenntniß erlassen worden,

den ordentlichen Gerichten zu überlassen. Es ist mir noch übrig zu zeigen.

II. daß es bedenklich, ja gefährlich ist, selbige den Verwaltungsbehörden als Richtern zu übertragen.

Das erste, was diese Anstalt als bedenklich, ja gefährlich charakterisirt, ist, daß die Verwaltungsbehörde, ohne als ein eigentliches Gericht organisirt zu seyn, richterliche Funktionen über Staatsbürger ausüben soll. Hier besonders zeigt sich das Auffallende dieser Anstalt, und bietet eigentlich diejenige Seite dar, wo sie im grellsten Lichte erscheint, unvereinbarlich mit einer auf Freiheit der Rechte gebauten Verfassung. Es sollen Personen über Staatsbürger richten, die eigentlich keine Richter sind, deren Befangenheit sogar nach ihrem Hauptberufe unzertrennlich von ihrem Nebenamte als Richter ist. Zwar es kommt, die etwaige Reute

---

und es ist nur noch die Frage über die Art und den Betrag der dafür zu leistenden Entschädigung streitig, so hat die einschlägige Justizbehörde, nach vorgängiger gerichtlicher Abschätzung des angesprochenen Eigenthums und Ermäßigung des wahren Werthes desselben, darüber nach den Gesetzen zu entscheiden.

5) Die Vollziehung der durch die administrative Behörde erkannten Abtretung des in Frage stehenden Privateigenthumes, wenn sie ohne Nachtheil des dadurch bezielten öffentlichen Zweckes nicht verschoben werden kann, darf dadurch nicht aufgehalten werden, dem betheiligten Eigenthümer muß jedoch vorgängig die dafür gebührende vollkommene Entschädigung, in so weit ihm dieselbe gerichtlich wird zuerkannt werden, obrigkeitlich zugesichert worden seyn.

von Defraudationsstrafen abgerechnet, oder wenn es sich um Streitigkeiten mit fiskalischen Verwaltern, mit Besoldungs- oder Pensionsempfängern handelt, in den meisten übrigen zum Administrativressort gezogen werdenden Fällen (§. 28. infra) nicht auf Geldinteressen zum Besten der fiskalischen Richterbehörde an. Aber es ist ein anderes Interesse da, gleich mächtig, ja oft noch mächtiger als jenes — es ist das persönliche Interesse der richtenden Gewalthaber, die Vorliebe für gewisse Lieblingsansichten und Meinungen, vielleicht das Interesse der Abwendung einer bei dem streitigen Gegenstande mit obwaltenden Verantwortlichkeit. Es gilt vielleicht der Behauptung einer gewissen vorgefaßten Meinung, der Unfehlbarkeit in Beziehung auf einen etwa voreilig gefaßten administrativen Beschluß, worüber nun auf verlangtes förmliches Gehör entschieden werden soll; es handelt sich vielleicht um Gewaltschritte, worüber man zugleich sich rechtfertigt und absolvirt. — Hierin liegt das Bedenkliche, und daran scheitert alle Kunst, womit man die Zweifel gegen eine solche Justizverfassung etwa besänftigen möchte. Gesetzt die Verwaltungsbehörde hätte mit nicht genugsamer Umsicht und Berücksichtigung der Interessen dritter Betheiligter jemand eine Concession ertheilt, und jene Dritte träten nun beschwerend auf, und verlangten von Rechtswegen Zurücknahme der Concession, müßte man nicht einen ungewöhnlichen Grad von strenger Gerechtigkeitsliebe und Selbstverläugnung voraussetzen, um gläubig zu hoffen, daß jene Behörde unbefangen die Sache beurtheilen und für die Reclamanten entscheiden werde? selbst auf Gefahr, regreßweise von dem Concessionirten, der vielleicht schon kostspielige Vorbereitungen zum Betriebe seines Gewerbs gemacht hat, in Anspruch genommen zu werden? Ich würde hier lieber den Sachwalter des letztern als der

Reclamanten machen. Oder gesetzt, (ein anderes Beispiel) es handelte sich um die rechtliche Verbindlichkeit zur Aufbringung der Ankaufskosten für ein während einer Theuerung angelegtes Getreidmagazin, weßhalb die Contributionspflichtigen die Zweckmäßigkeit der Maßregel bezweifeln, oder die den Lieferanten accordirten Preise für übertrieben halten. Sollte die nämliche Behörde, welche hier den Ersatz für den bestrittenen Aufwand fordert, wohl als ein unbefangener Richter über die Bauern erscheinen, die nicht zahlen wollen? Zwar es steht den Beschwerten der Recurs an eine höhere unpartheiische Behörde offen: aber abgesehen davon, daß auch diese keine Richterbehörde im rechten Sinne des Worts ist, so wird ja bloß ein Übel, der ungerechte Ausspruch, im glücklichsten Falle nur durch eine Unbequemlichkeit, durch das mit Sorgen und Unruhe und Kosten verknüpfte Rechtsmittel wieder gut gemacht, genau genommen also dasjenige nur in seinen Folgen taliter qualiter verbessert, was weit besser ganz und gar unterblieben wäre.

Ob dem Rechtsuchenden auf einem solchen Wege schleunig zu seinem Rechte geholfen wird, oft vielleicht nur dazu, daß er weiß, woran er ist, das ist wohl ein ziemlich nuhedeutender Umstand, und man weiß nicht, ist es Scherz oder Ernst, wenn der Verfasser der Schrift über das Forum der adm. cont. Sachen Seite 35. sagt: Worin die Gefahr dieser Justizanstalt für die Staatsbürger liegen solle, sey nirgends sichtbar, da das nächste Interesse (?) derselben sey, daß jeder Rechtsstreit so schleunig als möglich zu Ende komme, und dieser Zweck sich bei Administrativstreitigkeiten nur dann erreichen lasse, wenn den Regierungsbehörden in dieser Beziehung eine richterliche Gewalt verliehen wer-

de. — Ich gehe über die letztere Behauptung hinweg; sie ist ohnehin ganz ohne Grund. Aber daß dem Rechtsuchenden noch an etwas mehr liegt, als an Beschleunigung, daß sein nächstes Interesse ist, daß ihm Recht gehandhabt werde, darüber sind wohl die Meinungen niemals getheilt gewesen, und es wird auch ausser mit dem anonymen Verfasser deßfalls mit niemand ein Streit entstehen.

§. 20.

Wenn eine andere Behörde, als diejenige, welche das Richteramt kraft ihres ausschließlichen Berufs verwaltet, Recht spricht, weil der Gegenstand dieses Rechtsprechens in ihre übrige Berufssphäre einschlägt, so fehlt es einem dergleichen Richter unverkennbar an dem ersten und Haupterforderniß, an der Unpartheilichkeit oder wenn dieser Ausdruck zu hart lauten sollte, so sage ich an der nöthigen Unbefangenheit. Ich will zugeben, daß der Zoll-, der Aufschlags-, oder Accisebeamte, wenn er eine Defraudation zu untersuchen und darüber zu entscheiden hat, ist er sonst ein gewissenhafter Mann, absichtlich dem Angeklagten nicht Unrecht thun wird. Aber hinweggesehen für jetzt darüber, daß er eigentlich Kläger und Richter in einer Person ist, darf man ihm wohl so viel Gleichmuth und Abstraktionsvermögen unbedingt zutrauen, daß er seine gewohnte theure Cardinalpflicht: "das ärarialische Beste nach allen Kräften zu fördern, Schaden und Nachtheil aber davon abzuwenden," hier ganz bei Seite setzen wird? Darf man ihm ohne weiters zutrauen, daß er den Gedanken gar nicht in sich aufkommen läßt: "wie doch Jahr aus Jahr ein so gar viele Defraudationen unentdeckt bleiben, wie sehr dadurch das Finanzinteresse in Schaden gesetzt werde," und den Verdruß darüber, und die

Vorstellung, daß wohl doch der Angeschuldigte trotz seiner Ausbeugungen nur einer von denen sey, die man glücklicher Weise ertappe? — Wird die Culturbehörde den Servitutanspruch des Mevius, der mit den Culturunternehmungen des Sempronius in Collision kommt, mit eben der Unbefangenheit würdigen, wie ein eigentlicher Richter, der nur auf das sieht, was das Recht mit sich bringt, und in dessen Augen ein Servitutanspruch nicht weniger gilt, als ein Eigenthumsanspruch? Wird nicht vielmehr der größere oder geringere Ertrag der Erdscholle, werden nicht nationalwirthschaftliche Betrachtungen in der Wage ihrer Gerechtigkeit stärker ziehen, als jene, wie man wohl zu sagen pflegt, engherzigen Rücksichten auf sogenannte wohlerworbene Rechte, die man vielleicht mit der, gewissen Richtjuristen so geläufigen, Bezeichnung als Mißbräuche vorweg für verwerflich erklärt? Und welches weite Feld von Billigkeit *in judicando*, was sich auch gegen den Begriff und das, was man damit bezeichnen will, die juridische Logik sträuben mag, hat man sich bei Gemeinheitstheilungen vorbehalten? Darum stehen aber auch die Juristen in Fällen dieser Art in dem Rufe ängstlicher Pedanterei, des Klebens an starren Gesetzen, die sie verhindern in die höhern Prinzipien der Staatsregierung einzudringen. — Sie mögen sich nun deßfalls trösten, so gut sie können; soviel ist indessen einmal anerkannt, und steht fest, und wird fest stehen, so lange es noch eine Rechtspflege giebt, die diesen Namen verdient: daß höchste Unbefangenheit sowohl bei dem Verfahren als bei der Beurtheilung, gänzliche Beiseitesetzung aller nicht gesetzlich vorgeschriebenen Motiven der Entscheidung und völlige Gleichgültigkeit rücksichtlich der Erfolge der Entscheidung eines Rechtsstreits, wenn diese nur nach den Gesetzen erfolgt, mit einem Worte:

Gerechtigkeit die erste Forderung an das Richteramt ist, wie sie es bei allen Nationen des Erdbodens und zu allen Zeitaltern gewesen ist.

§. 21.

Was die Zolldefraudationsstrafen anlangt, so ist die Unstatthaftigkeit der Zulassung der Zoll- und Mautbeamten als Richter, mithin die hier vertheidigte Theorie wenigstens schon zum Theile in einem constitutionellen Staate Deutschlands anerkannt worden. In Baiern ist nämlich rücksichtlich der Behandlung dieser Defraudationen eine zeitgemäße Abänderung des frühern Organismus des Verfahrens, den Wünschen der Stände gemäß, durch die Verordnung über das Zollwesen vom 22. Jul. 1819. *) erfolgt, welche zugleich freundliche Aussichten auf die künftige Prozeßgesetzgebung dieses Staats auch in Beziehung auf den hier behandelten Gegenstand, oder die Administrativjustiz, öffnet. Diese Verordnung bestimmt nämlich, daß zwar in allen Streitigkeiten zwischen den Zollpflichtigen und Zollbeamten über die Anwendung der Zolltarife und die Entrichtung des Zollsatzes, die Entscheidung der General-Zolladministration, und im Wege des Rekurses dem Staatsministerium der Finanzen zustehe. In allen Defraudationsfällen hingegen, welche eine Konfiskations-, Geld- oder Arreststrafe zur Folge haben können, soll die Untersuchung und das Erkenntniß in erster Instanz dem Untergerichte, in dessen Bezirke die Defraudation begangen und entdeckt wird, oder nach Umständen dem Untergerichte, in dessen Bezirke der Beschuldigte sein

*) Beil. III. zum Abschied für die Ständeversammlung des K. Baiern von 1819. §. 72. ff.

Domizil hat, zuständig seyn. Von der richterlichen Entscheidung sind nur ausgenommen die Defraudationsfälle, in welchen die Beschuldigten darauf förmlich zu Protokoll Verzicht leisten, und sich freiwillig den durch das Zollgesetz festgesetzten Strafen unterwerfen. Die Zoll- und Hallbeamten haben jedoch in allen Fällen, welche zur Untersuchung und Entscheidung an den ordentlichen Richter übergehen, die Befugniß, die Protokolle zur Konstatirung der von ihnen selbst entdeckten oder ihnen angezeigten Defraudationen nach den ihnen ertheilten Vorschriften aufzunehmen, und nach Erforderniß der Umstände sich nicht nur der Waaren und Transportmittel, welche der Beschlagnahme unterliegen, sondern auch der Defraudanten zu versichern. Den Zoll- und Hallbeamten steht ferner zu, in allen Defraudationsfällen, welche sie an den ordentlichen Richter bringen, der Prozedur in erster Instanz selbst beizuwohnen, und das Interesse des Ärars zu vertreten, oder zu solchem Ende einen im Namen des Fiskus aufgestellten Kläger abzuordnen, und über die Urtheile der ersten Instanz die Berufung einzulegen. Das Verfahren in erster Instanz soll höchst summarisch seyn. Die Untergerichte haben in allen bei ihnen angebrachten Zollstraffällen ohne allen Verzug vorzuschreiten, und sind für jeden aus unjustifizirlichen Verzögerungen entstehenden Nachtheil verantwortlich. In Fällen, wo die Strafe die Summe von 50 fl. erreicht oder übersteigt, hat die Berufung an das Appellationsgericht des einschlagenden Kreises als zweite Instanz statt. Das Oberappellationsgericht des Königreichs bildet in Fällen, wo die Strafe den Betrag von 400 fl. erreicht, die dritte Instanz. —

§. 22.

Ich will, wie ich schon oben zugestanden habe, nicht in Abrede stellen, daß es unter den Verwaltungsrich-

tern Männer geben mag, welche sich strenge an die Forderungen der Gerechtigkeit halten, die noch unangesteckt sind von dem Miasma aus gewissen weichlichen Disciplinen; macht es denn aber eine Institution, die auf die unsichere Gunst subjektiver Eigenschaften sich stützt, vollkommener, wenn ihr das Glück einmal einen tüchtigen Verwalter zuführt? oder hört sie hier nur vorübergehend auf, schädlich zu seyn? Man darf es übrigens durchaus nicht als gleichgültig, und schlechthin nur als das Subjekt allein betreffend ansehen, daß, wie die Erfahrung bezeugt, mancher rechtschaffene Finanzmann die Last dieser ihm fremden Funktion hart empfindet, und während er über einem Bescheide den Angstschweiß schwitzt, die edle Zeit bedauert, die er in seinem Fache besser hätte benutzen können, daß also ein großer Theil dieser gezwungenen Richter wünscht, dieser seinem ganzen Wesen widerstrebenden Funktion überhoben zu werden, und schon darum ein schlechtes Werk liefert. Freilich denkt auch hier mancher anders, bildet sich vielleicht gar noch etwas auf sein Wissen ein, und glaubt, zum Rechtsprechen brauche man weiter nichts als einen sogenannten gesunden Verstand. Aber gerade bei diesem wäre es mir um das Schicksal der ihm anvertrauten Rechtssache am meisten bange.

§. 23.

Daß die Verwaltungsrichter die Meinung des Publikums gegen sich haben, daß sie vornämlich des Vertrauens der Rechtsuchenden entbehren, ist schon für sich selbst ein übler Umstand. Und dieser Mißcredit beruht keineswegs auf einem ungegründeten Vorurtheile. Zum Vertrauen, das der Richter erwartet, gehört nicht bloß die Vorstellung von seiner Unparteilichkeit; es gehört dazu auch die Überzeugung, daß er das Rechte zu er-

kennen verstehe. Und daran fehlt es eben dem gröſsern Theile unserer Verwaltungsrichter wenigstens in den untern Instanzen. Wenn man auch nicht die Erfahrung selbst hört, wenn man nur einen Augenblick die Bedingungen der würdigen Verwaltung eines Richteramts, und daß es dabei keineswegs auf Eigenschaften des Herzens allein ankommt, sondern auf einen durch gründliches Studium einer schweren Wissenschaft und durch vieljährige Übung gebildeten Geist, — wenn man dieses überdenkt, und daneben das umfassende, eines Mannes ganze Thätigkeit in Anspruch nehmende, und ein eben so mühsames Studium fordernde Fach des Kameralisten betrachtet: so muß man, da die Conringe nicht zu den gar häufigen Erscheinungen gehören, billig zweifeln, ob auch ein sonst ausgezeichneter Kopf des Verwaltungsressorts das leisten könne, was man von einem an Fähigkeiten ihm sonst vielleicht weit nachstehenden Manne in dem Fach als Justizbeamter allein erwarten darf. Zwar haben die Kameralisten, wenigstens die in den Landescollegien, meist die Rechte auf Universitäten mit studirt. Allein das ist eben das Unvollkommene, daß sie die Jurisprudenz nur nebenher studirt haben. Wie könnte man auch ohne offenbare Unbilligkeit an einen Mann, der mit allen Theilen der Kameralistik, mit Polizei, Staatswirthschaft, Finanz, Technologie, Handlungswissenschaft, Bergbaukunde, Forstwissenschaft ꝛc. und deren Hülfswissenschaften sich auf der Universität vertraut machen soll, noch die Forderung eines gründlichen Studiums der Jurisprudenz machen? Allein so hoch spannt man auch die Forderung nicht; man ist schon zufrieden, wenn der Kameralist von der Rechtswissenschaft beiläufig nur so viel weiß, als der Jurist von jenen wissenschaftlichen Gegenständen der Kameralistik zu wissen nöthig hat, also wenn er nur in den Hauptgrundsätzen derselben nicht

fremd ist. Daß man bei einer solchen oberflächlichen Jurisprudenz von Seiten der Parteien kein großes Vertrauen erwarten kann, darf um so weniger befremden, da man sich nicht weit umsehen darf, um sich zu überzeugen, wie das Wenige, was von der Hochschule in die Vorbereitungspraxis und von dieser in den Kameral- und Finanzdienst gebracht wird, bei der täglichen Beschäftigung mit rechtsfremden Gegenständen mehr oder weniger bald sich abschleift, und des ganzen Geschäftsmannes ganze Art zu denken und zu urtheilen gar bald eine andere, von der steifen und trocknen Civilrechtsgelahrtheit abweichende Richtung und Manier annimmt.

§. 24.

Auch die nothwendige Unabhängigkeit des Richteramts von fremdem Einflusse erscheint bei dieser Verwaltungsjustiz nicht gehörig gesichert. In denjenigen Zweigen der Staatsverwaltung, wo man nicht bloß mit willkührlich zu lenkenden Wesen, sondern auch mit den Wirkungen einer unbändigen Natur oder mit unwiderstehlichen Verbindungen von Umständen und Ereignissen von aussen her zu schaffen hat, ist die Hauptfeder des ganzen Triebwerks eine nach den Forderungen der Zweckmäßigkeit bei den gegenwärtigen Umständen abgemessene Willkühr, welche, durch ewig unabänderliche Normen geregelt, ihre Richtung und Dauer hauptsächlich durch eine strenge Regelmäßigkeit in dem subjektiven Verwaltungsorganismus und in der dienstlichen Unterordnung erhält. So ist die Thätigkeit dieser Behörden ausser den allgemeinen Verfassungsnormen, Instruktionen und Regulativen an wenig allgemeine Gesetze gebunden, und kann es auch nicht seyn. Wer weiß nicht, daß die gegenwärtigen Umstände, sowie sie nicht selten der künstlichsten Berech-

nungen und überdachtesten Plane spotten, oft auch die von der obersten Gewalt gegebenen Verwaltungsgesetze und Vorschriften unanwendbar machen? Hier muß die vernünftige Willkühr sich frei bewegen, und nach den wechselnden ökonomischen und politischen Verbindungen mit Klugheit ihre Schritte bemessen. Damit aber der Willkühr der untern Behörde nicht ein zu ungemessener Spielraum geöffnet werde, so muß diese von der obern und diese wieder von der obersten Behörde geleitet werden. Hier tritt also die subjektive Intelligenz und die nach den Umständen abgemessene Willkühr im Streben nach Zweckmäßigkeit an die Stelle von voraus entworfenen unabänderlichen Normen oder Gesetzen. Daß keine schädliche Willkühr dem Zwecke ein Hinderniß mache, dieß soll durch die vereinte Thätigkeit der verschiedenen auf ein Ziel hinwirkenden Organe und ihrer vernünftigen Willenskräfte verhütet werden. Sowie das Gesetz alle künftige Fälle zum voraus entscheidet, und z. B. dem Richter keine Wahl läßt, eine Verletzung unter der Hälfte, wenn auch an dem Normalbetrage nur eine Kleinigkeit fehlt, für enorm zu erkennen, so ungeheuer sie sonst seyn mag; so entscheidet im Verwaltungsfache nur die vermuthete Vernünftmäßigkeit der Einsichten Mehrerer den gegenwärtigen kritischen Fall. Sie entscheidet, ob zur Steuerung der Brodnoth eine Sperre dermal räthlich, ob zur Beförderung des Commerzes ein Fluß schiff- oder flößbar zu machen, ob die Getreidvorräthe auf den Speichern nach den dermaligen Conjunkturen loszuschlagen oder innen zu behalten, ob die Zehnten und Korngefälle heuer in Natur einzuheben, oder nach einem bestimmten Geldpreise u. s. w. Allein gerade dieses Arbitrium, dieses nach den Umständen bemessene, nach der dienstlhierarchischen Abstufung je von höherer Hand dirigirte Benehmen der verwaltenden

Behörden ist mit dem Charakter der Justiz ganz und gar unverträglich, die ihre Maßregeln nach unabänderlichen Normen nimmt, die in jeder Instanz sich frei und selbstständig bewegt und mit Entfernung von aller Willkühr nur das Gesetz oder den ein für alle Mal ihr kundgemachten, unveränderlichen allgemeinen Willen befolgt, und nur in diesem die Beweggründe ihrer Thätigkeit für den vorgesetzten Zweck der Richtung des besondern Willens sucht. Während dem untern Verwaltungsbeamten es als Eigenmacht ausgelegt werden würde, wenn er in bedenklichen Fällen nicht anfragte, würde es bei dem untern Richter ordnungs- und pflichtwidrig seyn, wenn er bei dem höhern Verhaltungsbefehle einholen wollte, wie er zu entscheiden habe. Der Obere, der hier Namens des Staats die Aufsicht über den Untern ausübt, kann nur anordnen, daß Justiz verwaltet werden solle, nicht wie; daher er auch z. B. nur die Annahme, nicht die Abweisung einer Klage anbefehlen kann.

§. 25.

Man kann aus diesen, so ganz verschiedenartig organisirten Geschäfts- und Functions-Verhältnissen leicht den Schluß machen, daß der Verwaltungsbeamte, wenn er ein Richteramt neben seinem Hauptberufe verwaltet, in eine ihm durchaus fremde, und seiner gewohnten Thätigkeit entgegengesetzte Stellung versetzt wird. Hier kann es mit dem besten Willen nicht fehlen, daß er unwillkührlich die Abhängigkeit vom Gesetz (zumal bei den eigenthümlichen Vorstellungen der Nichtjuristen von dem, was Gesetz heißt, seiner vermeinten Härte, Unbilligkeit in concreto u. s. w.) verläugnet, und dagegen der Abhängigkeit von einem rechtsheterogenen Einflusse huldigt, eines wie das andere auf

Ko-

Kosten der Gerechtigkeit. Diese Abhängigkeit der schädlichen Art ist es indessen nicht allein; ihr könnte allenfalls durch gemessene Instruktionen zu steuern gesucht werden. Aber daß die ganze Art und Weise, wie sich die Thätigkeit eines Regierungsbeamten äussert, von der eines Richters so verschieden ist, wie zwei entgegengesetzte Temperamente, daran liegt es; und schreibe man dem Manne zehenmal vor, er habe sich strenge an die Gesetze zu binden, — unwillkührlich wird über den besten Vorsatz die Gewohnheit siegen und so das naturam si furca etc. seine Rechte behaupten. Auch darf man von Männern, die daran gewöhnt sind, ihre Geschäfte mit einer gewissen Regsamkeit und Lebhaftigkeit des Geistes zu betreiben, von Männern, in deren Sphäre es mehr auf schnelles und kraftvolles Wirken ankommt, als auf langes Überlegen, wenn auch das Resultat davon das Bessere ergeben sollte, man darf endlich von Männern, die ein lebendiges Interesse an dem Erfolg ihrer Thätigkeit zu nehmen gewohnt sind, nicht gerade unbedingt jene theilnahmslose Kälte, Ruhe und Gleichgültigkeit erwarten, die man von Richtern erwarten muß *). Was diesen wohl zur Auszeichnung gereicht, Indifferentismus gegen das Resultat ihrer Thätigkeit, würde dem Verwaltungsbeamten zum Vorwurfe gereichen, vielleicht sogar pflichtwidrig erscheinen. So kann es denn leicht kommen, daß die Verwaltungsbehörden gewisse Fertigkeiten und Neigungen, eben so wie gewisse Ansichten und Maximen in eine ihnen minder geläufige Sphäre übertragen. Wenn nun vollends gar das, was Recht ist, mit dem collidirt, was ihr Amt fordert, so gehört doch viel dazu, um der Versuchung zu wider-

*) Vergl. *Montesquieu* de l'esprit etc. L. VI. ch. VI.

stehen, das Recht wenigstens etwas zu biegen. Wer in dem hier Gesagten eine Grillenfängerei findet, der muß viel erwarten von der Kraft des Willens über die Verirrungen des Verstandes.

§. 26.

Daß der Verwaltungsrichter nicht an dem wichtigen Vorrechte der Inamovibilität der ordentlichen Richter Theil nimmt, also auch manche Rücksichten nicht gleichgültig übersehen darf, über die sich der letztere hinwegsetzen kann, darf wohl nicht unbemerkt gelassen werden, bedarf übrigens weiter keines Commentars. Mag es immer unbillig seyn, wie der Verfasser der Schrift über das Forum ꝛc. S. 36. dafürhält, daß man den Verwaltungsbeamten nicht an diesem Vorrechte Theil nehmen läßt; wir streiten nicht darüber, was seyn sollte, sondern nehmen die Sache wie sie ist.

§. 27.

Zweckmäßiger als der Organismus der administrativ richterlichen Stellen in Frankreich und hin und wieder in Deutschland, wenn schon nichts weniger als musterhaft, war die Einrichtung des Kameraljustizwesens im Preussischen. Den Kammern war nämlich eine Gerichtsbarkeit über diejenigen Sachen beigelegt, welche mit der Staatsfinanzverwaltung und Landespolizei in unmittelbarer Verbindung stehen, (den Statum oeconomicum et politicum und das interesse publicum betreffen). Diese Gerichtsbarkeit wurde aber nicht von der Kammer selbst, sondern durch einen von dem Regierungs- und Finanzcollegium abgesonderten eigenen Gerichtshof, die Kammerjustiz-Deputation genannt, selbstständig verwaltet. Die Mitglieder dieses Gerichts waren zwar zum Theile (denn

auch andere Rechtsgelehrte auſſer der Kammer hatten als Richter Sitz und Stimme, unter der Benennung Kammerjuſtiz-Aſſiſtenzräthe) Räthe aus dem Schooße der Kammer, aber Rechtsgelehrte von Metier, welche die Qualifikation der Räthe in den Juſtizcollegien beſitzen, inſonderheit die dritte Prüfung (examen rigorosum) erſtanden haben mußten. Den Wirkungskreis dieſer Kammerjuſtizcollegien beſtimmten die ſogenannten Reſſortreglements und als Ergänzungen derſelben die Entſcheidungen der Jurisdictionscommiſſion über die entſtandenen Conflikte zwiſchen dieſen Richterbehörden und den ordentlichen Landesjuſtizcollegien (damals Regierungen genannt) und es gingen an dieſe Gerichte, als Obergerichte, die Appellationen der Untergerichte in den zum Kameraljuſtiz-Reſſort gehörigen Gegenſtänden, und von dieſen die Reviſion an das Oberreviſionscollegium. Dieſes war in Fällen, wo die Juſtizdeputation in erſter Inſtanz erkannte, die Appellationsinſtanz, für welche alsdann in den zuläſſigen Fällen das Generaldirektorium und das Obertribunal (höchſte Gericht des Reiches) die Reviſionsinſtanz bildeten. Betrafen die Erkenntniſſe der Kammerjuſtizdeputationen bloß ſtreitige Rechte der Privaten unter ſich, ſo wurden ſie lediglich von dieſen Gerichtsſtellen abgefaßt und eröffnet. Hatte aber die Entſcheidung auf das fiskaliſche Intereſſe oder auf die allgemeine Landespolizeiverfaſſung oder auf das Fabrik- und Manufakturweſen unmittelbar Einfluß, ſo wurde vorerſt das Concluſum von dem Referenten in dem verſammelten Kammercollegium vorgetragen. Wurden die von der Juſtizdeputation angenommenen Grundſätze von zwey Drittheilen des übrigen Kammercollegiums angefochten, ohne daß dadurch jene ſich veranlaßt fand, von ihrem erſten Concluſum abzugehen; ſo mußte an das Generaldirektorium berichtet werden, welches nach vorgängiger

Rücksprache mit dem Chef der Justiz für eine der beiden Meinungen entschied, wobei es denn für diese Instanz das Bewenden hatte.

Aber was auch bei diesen übrigens ordentlich organisirten und auf die Rechtspflege besonders vereideten Justizcollegien nicht gefehlt hat, und bei dem Mangel eines probehaltigen Begriffs *), was eigentlich Kammerjustiz oder administrativ contentiose Rechtssachen seyen, daher auch in Ermangelung eines erschöpfenden Ressortprinzips nicht fehlen konnte, das waren die häufigen Jurisdictionsconflikte mit den ordentlichen Justizbehörden. Wenn man mir einen Blick unter mehrern andern Sammlungen in die Klein. Annalen der preußischen Gesetzgebung wirft, wo die Entscheidungen der angeordneten Jurisdictionscommission über die Competenzstreitigkeiten der Landesjustizcollegien und Kammerjustizdeputationen einen stehenden Artikel ausmachen; so überzeugt man sich, wie schwer es seyn muß, eine unzweifelhafte Grenzlinie zwischen Administrativ- und reinen Justizsachen zu ziehen, und den Zuständigkeitspunkt auf ein einfaches, erschöpfendes und in gegebenen Fällen keinen Zweifel übrig lassendes Prinzip zurük zu füh-

*) Der gute Javolenus hat mit seinem omnis definitio in jure civili periculosa est (l. 202. D. de R. I) der Begriffsscheu und Seichtigkeit ein willkommenes Evangelium gepredigt, der wissenschaftlichen Gründlichkeit aber, die auch den Gesetzgebern und diesen vornämlich inwohnen muß, einen schlechten Dienst erwiesen. Aber der alte Jurist ist an dieser Ketzerlehre auch ganz unschuldig, da er nichts weiter behauptet, als was auch heut zu Tag jeder glaubt, daß es eine schwierige Sache sey, eine civilrechtliche Definition zu machen.

ren. Es ist aber gewiß nicht die letzte unter den Unvollkommenheiten der Rechtspflege, wenn über die Competenz des Richters erst Prozeß geführt, der Parteiprozeß aber, der denn doch die Hauptsache ist, unterdessen ruhen muß.

§. 28.

Auch in dem von Gönnerschen Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, welcher noch eine solche Administrativjustiz zuläßt, ja sogar empfiehlt, sieht man sich vergeblich nach einem haltbaren Prinzip um. Derselbe liefert uns im 1. Buch 2. Kap. §. 6. ff. nur ein Verzeichniß der administrativ contentiosen Sachen, und es gehören hiernach dahin:

1) die Gewerbsstreitigkeiten,
2) die Aufnahme in Gemeinden,
3) streitige Gemeinderechte,
4) die Untersuchung der Unterthansbeschwerden,
5) Minderung der grundherrlichen Abgaben,
6) Streitigkeiten über Concurrenz oder Entschädigung wegen Brücken-, Wege- und Straßenbaues,
7) Kultursachen,
8) Streitigkeiten über Erbauung und Unterhaltung der Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude,
9) Beschwerden über die Repartition der besondern Auflagen eines Kreises oder einer Gemeinde,
10) Streitigkeiten über die Brandversicherungsgesellschaft.

Hierüber sollen die untern Polizeibehörden in erster, die Kreisämter (Provinzialregierungen) in zweiter, der Staatsrath in dritter Instanz entscheiden.

11) über Defraudationen der indirekten Staatsabgaben,

12) in Rechnungssachen aller Administratoren sowohl der landesherrlichen Einkünfte, als des Stiftungs- und Communalvermögens,

13) über Reclamationen der Staatsdiener und Pensionisten wegen Regulirung der Gehalte und Pensionen,

entscheiden ad 12. und 13. die Finanzkammern in erster, ad 11. in zweiter Instanz; die erste bilden hier (ad 11.) die administrativen Unterbehörden, in deren Geschäftskreis die Contravention einschlägt, also die Rentämter, Mautämter ꝛc.

Ehe ich die Gründe prüfe, aus welchen diese Sachen besondern Gerichten vindicirt werden wollen, soweit dieß nach dem schon Vorausgeschickten noch nöthig seyn kann, will ich kürzlich angeben, wie die Theorie (in den Motiven zu dem Gesetzentwurf Seite 48. ff.) entwickelt wird. Rechtssache, heißt es hier, sey, was Rechte und Verbindlichkeiten im Privatverhältniß angehe. Nur Rechte seyen dazu geeignet, ihren Schutz durch die Gerichte zu erzwingen. Dergleichen Rechte träten zwar gewöhnlich nur unter Privatpersonen ein. Aber auch der Staat könne in diese Sphäre kommen, und über Rechte und Verbindlichkeiten einem andern Individuum gegenüber stehen. Indessen könnten Regierungshandlungen dem Privaten allerdings großen Schaden thun, ohne daß sie darum als Justizsache zur Reclamation vor dem Richter sich eigneten. So könne die Concession zur Errichtung einer neuen Mühle, eine neue Gewerbsverleihung eine Menge früherer Gewerbsberechtigten, ein verändertes Mautsystem, die Verstattung der Ein- und Ausfuhr gewisser Produkte, viele Fabrikanten verderben, ohne daß

für diese Betheiligte daraus ein Rechtsanspruch erwächst. Denn hier bleibe die Regierung in ihrer eigenthümlichen Sphäre, und es sey hier kein Recht mit gegenüberstehender Verbindlichkeit vorhanden. Sobald man hingegen den Fall unterstelle, der erste Müller habe bey der Erbauung seiner Mühle die Versicherung erhalten, daß keine andere Mühle dort zugelassen werden solle, so biete sich für jenen ein Recht mit correspondirender Verbindlichkeit von Seiten des Staats dar, und der Gegenstand sey eine Rechtssache, weßhalb man den Schutz der Gerichte auch für dieses Recht wenigstens dahin reclamiren könne, daß der Staat Entschädigung leiste. — Aber nicht bloß aus dem Bereiche des eigentlichen Civilrechts, sondern auch aus Regierungsverordnungen und Anstalten entstünden Rechte und Verbindlichkeiten für den Privatmann, und es sey überhaupt ein großer Irrthum, wenn man unter Privatrecht nur das sogenannte Civilrecht verstehe. Die Mannigfaltigkeit der bürgerlichen Einrichtungen und des Verkehrs unter den Menschen brächten in einem cultivirten Staate und unter einer thätigen Regierung viele Verhältnisse hervor, worüber die Regierung, wegen ihres Einflusses in den Nationalwohlstand oder in die öffentliche Ordnung, Normen festzusetzen sich bewogen finde, welche wieder, auf mehr oder weniger direkte Weise, Quelle von Rechten und Verbindlichkeiten würden. Sie seyen nicht Gegenstände der Civilgesetzgebung und doch Normen für privatrechtliche Verhältnisse, z. B. der festgesetzte Maßstab für Communallasten ꝛc. woraus Rechte und Verbindlichkeiten unter den betheiligten Individuen entstünden. Auch diese Sachen würden daher gleich den reinen Civil-, durch das bürgerliche Gesetzbuch begründeten Sachen behandelt und von Gerichten entschieden, nur daß der Staat dafür besondere Gerichte an-

ordne, indem er den administrativen Behörden für die Entscheidung solcher Sachen den richterlichen Character beilege. — Hiernach theilten sich die Rechtssachen in zwei Classen. Zur ersten gehörten diejenigen, welche reincivilrechtlich und aus dem Civilgesetzbuche zu entscheiden seyen, weßhalb sie Civiljustizsachen und die dafür angeordneten Gerichte Civilgerichte heißen. Dagegen umfaßten die Rechtssachen der zweiten Classe diejenigen Gegenstände, welche zwar gleich jenen streitige Rechte und Verbindlichkeiten im Privatrechtsverhältnisse angingen, aber theils die Staatsverwaltung mit berührten, theils nach besondern administrativen Normen und Verordnungen zu entscheiden, daher gemischten Natur wären, und administrative Justizsachen genannt werden könnten, auch administrativcontentiose Sachen, um sie von reinen administrativen, eben sowohl als von reinen Civilrechtssachen zu unterscheiden.

Es werden nun (S. 55. ff.) die Gründe angegeben, warum es nicht räthlich sey, diese administrativ contentiosen Sachen den Civilgerichten zu überlassen, diese Gerichte dadurch als die einzigen Justizbehörden zu constituiren, und sich darauf einzuschränken, daß selbige, wie sie ohnehin in Sachen einer besondern Kunst thun müßten, Sachverständige beizögen, und darauf ihre Urtheile gründeten.

Ehe ich diese Gründe selbst angebe und prüfe, glaube ich noch einiges zur Würdigung der verstehenden Begriffsanalysirung voraus schicken zu müssen.

§. 29.

Wenn man die Classifikation der Justizsachen in reine und gemischte einer genauern Prüfung unter-

würft, so erscheint vor allem schon das Theilungsfundament nicht hinlänglich festzustehen. Reine Civiljustizsachen sollen solche seyn, welche *rein civilrechtlich* und aus dem *Civilgesetzbuche* zu entscheiden sind; gemischte dagegen solche, welche *theils* die Staatsverfassung mit berühren, *theils* in besondern Verordnungen ihre Entscheidungsnorm finden. — Ich übergehe, was sich etwa gegen die logische Form dieser Eintheilung erinnern lassen möchte, und bemerke nur zur Materie derselben, daß zwischen den Verordnungen im Civilgesetzbuche, und denen, welche besonders erscheinen, sich durchaus kein wesentlicher, einen absoluten Gegensatz bildender Unterschied erkennen läßt. Es leuchtet dieses sofort von selbst ein, da Partikularverordnungen nicht nur überhaupt ausschließlich für privatrechtliche Sanktionen bestimmt seyn können, wie z. B. eine Hypotheken-, eine Leihhaus-, eine Gesindeordnung ꝛc. sondern auch nebenher und gelegenheitlich dergleichen darin vorkommen können, wie z. B. in einem Conscriptionsgesetze Bestimmungen über die Rechte und Verbindlichkeiten zwischen einem Conscribirten und einem Ersatzmann, in einer Brandassekurationsordnung über die Rechte der Hypothekengläubiger an das abgebrannte Gebäude und die Entschädigungssumme dafür, in einem Edikte, das die Verhältnisse der Juden bestimmt, über deren reinprivatrechtliches Verkehr u. s. w. Es ist daher zufällig mithin gleichgültig, ob ein Gesetz, welches Privatrechte bestimmt, in einem Codex oder auf einem Blatte erscheint. — Lassen wir indessen auch die *Rechtsquelle* als Theilungsgrund gelten, nehmen also einen Unterschied der Privatrechtssachen, je nachdem sie auf allgemeinen Gesetzen oder auf besondern Verordnungen beruhen, als gegründet an; so bleibt ja immer noch die Frage übrig: worin besteht denn eigentlich der *prakti-*

sche Nutzen dieser Eintheilung? Und hier läßt sich denn freilich nicht läugnen, daß sie als Entschuldigung da, wo einmal eine Verwaltungsjustiz besteht, und bestehen bleiben soll, und wo man also, wie man sagt, zu geschehenen Dingen das Beste reden möchte, allerdings diensam seyn kann. Wenn es aber die Frage gilt: soll jener Verschiedenheit wegen eine Verwaltungsjustiz constituirt werden? so erscheint die Sache schon ganz anders, und wir überzeugen uns, daß, sowie es überall zwecklos ist, die entia rerum ohne Noth zu vervielfältigen, es offenbar zweckwidrig erscheint, jene bloß darum zu vermehren, um sich damit einem schädlichen Bedürfniß auszusetzen.

Daß die Rechtsquelle keinen Unterschied in dem Wesen eines Privatrechts bewirke, geht aus dem Begriffe des letztern hervor, wo schlechthin nur Rechte der Einzelnen mit correspondirenden Verbindlichkeiten zur Sprache kommen, und welches gegen das öffentliche Recht einen absoluten Gegensatz bildet. Das Recht des Einzelnen verändert niemals seinen Charakter, es mag sich auf eine, in einer Sammlung mehrerer verschiedenartiger Gesetze ausgedrückte Rechtsnorm gründen, oder auf eine solche, die in einer einzelnen Verordnung gegeben ist; eben so wenig ändert das Privatrecht seine Natur, es mag durch die Handlungen der Bürger des Staats allein, wie die Rechte der Mitglieder der ehelichen und Familiengesellschaft, seine Entstehung erhalten, oder unter dem Einflusse politischer Einrichtungen und Verhältnisse sich gestaltet haben, wie die Rechte der Mitglieder einer Stadt- oder Dorfgemeinde, einer Zunft u. dergl. Wir mögen uns noch so sorgfältig in dem Gebiete der Privatrechtssachen umsehen, so finden wir, daß die unterscheidenden Merkmale immer dieselben bleiben, diese

Rechtssachen mögen Wirkung des Verkehrs unter den Staatsbürgern allein, oder als Produkt der Einwirkung einer für die öffentliche Ordnung und den Nationalwohlstand thätigen Regierung in die Privatverhältnisse der Einzelnen entstanden seyn. Ein unter Privaten geschlossener Societäts- oder Mandatsvertrag wirkt Rechte und Verbindlichkeiten im bürgerlichen Zustande, welche bei entstehendem Zweifel darüber durch den Richter vermittelt werden müssen. Dieß ist nicht weniger der Fall, wenn unter Einwirkung der öffentlichen Gewalt eine Vieh- oder Hagelschlags-Assekuranzanstalt zum Besten der Staatsbürger errichtet wird, auch nicht weniger bei der Anstellung eines Staatscassenverwalters oder andern Beamten. Denn auch hier handelt es sich um Rechte und Verbindlichkeiten mit der Wirkung auf die Person und das Vermögen der betheiligten Individuen, worüber im Zweifel (versteht sich, was den Beamten betrifft, soweit das besitzthümliche Privatinteresse in Berührung kommt, der Beamte also aus seinem Vermögen einen Schadensersatz leisten soll, oder Ansprüche an das Finanzärar hat, und wo es sich also nicht bloß um dienstordnungsmäßige Leistungen handelt), wiederum nur der Richter entscheiden kann. Denn der Zweck der Entscheidung zweifelhafter Rechte fordert schlechterdings einen unbetheiligten Dritten. Der ganze Unterschied liegt lediglich in einzelnen Modifikationen, welche das, was Produkt der Rechte ist, hier nur anders gestalten, als dort, wo unter bloßer Einwirkung von Privaten, Rechte entstehen. Der öffentliche Beamte kann nicht verlangen, daß seine Handlungen oder Unterlassungen schlechterdings nach dem gemeinen Rechte beurtheilt werden; die nächste Entscheidungsnorm giebt seine Instruktion und die in das Beamtenwesen einschlagenden besondern Verordnungen. Ferner bei einer öffentlichen Feuer- und

dergleichen Versicherungsanstalt stiften, nach dem Rechte eines Vertrags, wo Willkühr gemeines Recht bricht, mancherlei zu berücksichtigende Rechtsverhältnisse ein, wovon in dem Titel pro socio nichts steht. Aber was eigentlich Recht ist, und als Produkt allgemeiner oder specieller Normen entstanden ist, das ist und bleibt reines Privatrecht, kein gemischtes, gleichsam ein Amalgama von öffentlichem und Privatrecht. Daher treten, wo jene Modifikationen nicht vorhanden sind, die allgemeinen bürgerlichen Rechtsbestimmungen und Theorien ein, und zwar von der Societät, von unbenannten Verträgen ꝛc. in jenen Assekuranzanstalten, sowie vom Mandat, von der Rechnungslegung, dem depositum, der Compensation, der Hypothek ꝛc. bei der Beurtheilung der Verpflichtungen und Rechte des öffentlichen Verwalters, sowie ohnehin die allgemeinen Rechtssätze von dolus, culpa, casus, von der Schadensästimation, von der Verjährung, die Grundsätze und Regeln von Verträgen und Willenserklärungen überhaupt u. s. w. die vielleicht gerade die Hauptgrundlage der Entscheidung ausmachen. Wer wollte also behaupten, daß dieser Streit aus dem Civilgesetzbuche und jener aus besondern Verordnungen zu entscheiden sey? Es kann ein unzweifelhafter sogenannter gemischter Rechtsfall rein aus dem Civilrecht, und ein reiner Civilrechtsfall aus einer besondern Verordnung entschieden werden müssen.

Es giebt also zwar gemischte Verkehrsformen, woraus Rechte der Privaten entstehen, aber niemals gemischte Privatrechte. Es können Handlungen der Privatpersonen in Verbindung mit Handlungen der öffentlichen Gewalt, oder mit besondern Staatseinrichtungen Quelle von Privatrechten werden, aber diese selbst sind und bleiben reine Privatrechte. Denn

was einmal (rechtlich) mein geworden, das muß mein und kann nicht eines Andern seyn; es ändert auch nichts daran, wie oder unter welchen einwirkenden Umständen es mein geworden, wenn es nur mein ist. Daher müssen auch alle Rechte der Privaten in die bekannten Rechtsgattungen: Personenrecht, Sachenrecht und Obligationenrecht passen, und es ist für das Gemeinderecht eines Dorfbewohners, für das Gewerbsrecht des Schneiders und Bierbrauers u. s. w. noch kein neues Rechtsfach ausgemittelt, in das es ausser den obigen hineinzuschieben wäre. Bei Landesculturstreitigkeiten kommt kein anderes, als das gewöhnliche Eigenthum, und keine andere Servitut als die gemeinrechtliche vor. Was also unter jenen eigenthümlichen Verkehrsformen, was unter der Einwirkung öffentlicher Behörden und unter dem Einflusse der Verwaltung öffentlicher Anstalten als Recht der Einzelnen entstanden, ist kein besonderes Recht, sondern nur ein, unter besondern Produktionsformen oder auf der Grundlage der Rechtsfähigkeit oder des besondern Status des Rechtssubjekts als Gemeindeglied, Staatsbeamter ꝛc. in das Daseyn getretenes Privatrecht.

Aber wenn es gleich kein gemischtes Privatrecht giebt, so giebt es doch ein modifizirtes, und diese Modifikationen liegen eben in den Verhältnissen, welche aus jenen Verkehrsformen oder der besondern Rechtsfähigkeit der Subjekte des Rechts hervorgehen. Die Eigenthumsrechte eines Corporationsmitglieds leiden eine Beschränkung durch die Eigenschaft der Communität, des Besitzers eines Gewerbsrechts durch die Gewerbsverfassung. Sollen jedoch dergleichen Modifikationen bei der rechtlichen Entscheidung in Betrachtung kommen, so müssen sie gesetzlich sanktionirt seyn. Beabsichtet also

die Staatsgewalt, daß in Landesculturſachen, bei der Ausgleichung von Kriegsſchäden, bei der Veräuſſerung eines Gewerbrechts u. ſ. w. beſondere Rückſichten, wovon das gemeine Recht oder das Civilgeſetzbuch nichts enthält, den Richter bei der Entſcheidung beſtimmen ſollen; ſo mag ſie ſelbige zum Geſetz erheben. Alsdann bedarf es aber keines beſondern Richters, ſondern der ordentliche Richter kann und muß von Rechtswegen erkennen, was von Rechtswegen beſteht.

Faſſen wir das in dieſem §. Geſagte zuſammen, ſo überzeugen wir uns, daß ſich mit dem Inſtitute der Verwaltungsjuſtiz zwar immer die bemerkte Diſtinktion und Claſſifikation von reinen und gemiſchten Privatrechtsſachen, mit dieſer Diſtinktion aber durchaus nicht das Inſtitut der Verwaltungsjuſtiz rechtfertigen läßt. —

§. 30.

Ich gebe nun, ſoweit es nach dem hier und weiter rückwärts ſchon Ausgeführten noch für nöthig erachtet werden kann, zur Beleuchtung der in den Motiven zu dem von Gönneriſchen Entwurfe S. 56. ff. angeführten Gründe, aus welchen die Adminiſtrativjuſtiz für zweckmäßig, ja überwiegend vortheilhaft gehalten wird. Es ſind folgende:

1) Da den Verwaltungsgerichten eben die Ordnung des Verfahrens vorgeſchrieben ſey, wie den Civilgerichten, ſo könne an der Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Anordnung nicht gezweifelt werden. — Es läßt ſich aber dagegen ganz wohl die Einwendung machen, daß der Rock nicht den Mann, Geſchäftsordnungen noch keine Geſchäftsmänner machen, und daß unſere Geſetzgeber und Organiſationsgewalthaber nicht Promatheus Kunſt beſitzen, um ihre Geſchöpfe ſogleich auch mit dem

für ihre Thätigkeit erforderlichen Feuer und Licht von oben zu beleben.

2) Daß in Deutschland für gewisse Gegenstände, welche ausser dem Rechtsstudium eigenthümliche Sachkenntniß zu ihrer gründlichen Beurtheilung fordern, eigene Gerichte nichts Ungewöhnliches sind, ist bekannt; es ist aber auch in dieser Abhandlung schon gezeigt worden, daß und warum diese Partikulargerichte in Merkantilsachen u. s. w. hier nicht zur Vergleichung dienen. Bemerken muß ich indessen noch, daß unsere Verwaltungsgerichte nicht einmal der Form nach zum Richteramte qualificirt sind, indem die Richter, wie auch der v. Gönnerische Entwurf 2. Kap. §. 1. fordert, zur Ausübung der Gerichtsbarkeit angestellt seyn und den vorgeschriebenen richterlichen Diensteid abgeleistet haben müssen, was bei jenen Behörden nicht der Fall ist. —

3) Daß die besondere wissenschaftliche und Kunstkenntniß kein Grund der Exemtion ist, das ist ebenfalls schon genugsam dargethan worden, und bemerke ich hier nur noch, daß die bei den Verwaltungsbehörden so hoch angeschlagene mehrere Sachkenntniß und technische Übung in gewisser Art sogar nachtheilig auf die Gerechtigkeitspflege einwirken kann, indem damit nicht selten eine schädliche Einseitigkeit im Urtheile verbunden seyn kann, besonders da, wo von der Zurechnung einer Ignoranz die Rede ist. So mag die Entschuldigung manches einer Defraudation Angeschuldigten: daß er bloß aus Unwissenheit gefehlt habe, schon um deßwillen für unerheblich gehalten werden, weil sein Richter, dem diese Dinge so geläufig sind, wie dem Zollbeamten sein Tarif, dergleichen Unkunde der speziellen Verordnungen und des Geschäftsmechanismus kaum für möglich hält, auf welche man gleichwohl die Regel von der igno-

rentia justis semper nocens so strenge eben nicht anwenden darf.

4) Es wird weiter zur Empfehlung dieser Anstalt angeführt, daß dadurch der alte Streit über die Grenzen der Regierungs- und Justizsachen beseitigt werde. — Ich gehe darüber hinweg, ob auch wirklich durch die Constituirung einer eigenen Justizbehörde der bezielte Streit alles Interesse verliere; der Unterschied zwischen Justiz und Nichtjustiz bleibt ja doch, und auch die Administrativ-Justizbehörde kann nicht als Justizsache behandeln, was Verwaltungssache ist, wenn gleich, ob confusionem jurium gleichsam, der Streit darüber aufhört. Allein abgesehen hievon, so kann man jenen alten Streit nun wohl ziemlich als veraltet und unpraktisch annehmen, seitdem wir keine von der Territorialgewalt verschiedene deutsche Reichsgewalt mehr kennen, und unsere Regierungen, kraft des Rechts der Souveränetät, alle Gewalten unabhängig in sich vereinigen. Citiren wir also die Todten nicht, um die Lebenden zu schrecken, daß diese etwa aus eitler Gespensterfurcht Dinge beginnen, die der Geist der Aufklärung als schädlich verwirft. Nicht die Gewalten vereinigen, sondern sie trennen ist das Losungswort der Zeit! Und was bezweckt am Ende dieses Mittel den Streit zu beendigen? Nichts weiter, als daß nun die Conflikte, was zu Regierungs- und was zu Justizrechten gehört, welche in unsern Tagen so häufig nicht mehr vorkommen können, nachdem wie gedacht, keine deutsche Reichsgewalt mehr existirt, und manches, was durch Sophisterei der Gewalt abgezwackt werden mußte, nun durch verfassungsmäßige Einrichtungen gewährt ist, — daß diese Conflikte, sage ich, aufhören, indeß nun neue Irrungen an deren Stelle treten. Dieß sind nämlich die Grenzdifferenzien zwischen den Civilgerichten und Administrativjustiz-

stizstellen, wenn diese anders halbweg geneigt sind, sie nach Gelegenheit an sich zu reißen oder, was heut zu Tage praktischer ist, von sich wegzuschieben. Gattungen lassen sich leichter unterscheiden als Arten; die Grenzen zwischen Verwaltungssachen, und dem, was man einen Streit über Mein und Dein nennt, sind erkennbar. Aber weniger erkennbar ist der Streit zwischen dem civilgerichtlichen und dem Administrativjustizforum. Eignet sich die Gewährleistungsklage des Besitzers eines Grundstücks gegen seinen Vorbesitzer wegen Vertretung rückständiger Kriegsschulden für die Administrativjustiz oder für den ordentlichen Richter? — Es gehört nicht viel dazu, in jeder Streitsache über eine ländliche Dienstbarkeit Merkmale zu entdecken, die selbige den Culturbehörden zueignen. Und wenn es freilich nur darauf ankommt, einen raschen Ausgang herbeizuführen, und kurzen Prozeß zu machen, so darf man in dergleichen Fällen nur für die Verwaltungsjustiz sich erklären. Der Schafhüthungsprozeß, der sonst Jahre lang gedauert hat, kann nun in kaum soviel Wochen beendigt werden; er darf nur mit der den Verwaltungsrichtern eigenen Energie angegriffen und nach der Lehre des Papstes sind strepitu et *figura judicii* kurzweg abgemacht werden. Darüber werden sich denn manche unserer Nationalökonomen sehr freuen und es für eine große Wohlthat ansehen, daß der Streit so kurz gedauert hat; Andere dagegen, etwas schwerblütiger, wenn von Handhabung der Gerechtigkeit die Rede ist, wird die Maxime, die Prozesse so abzukürzen, an gewisse wundärztliche Verrichtungen erinnern, wodurch einem vielleicht lange dauernden Heilungsprozesse durch einen kühnen Schnitt vorgebeugt wird. Freilich ist das amputirte Glied nun unwiederbringlich verloren, aber der bisherige Besitzer ist doch nun der langen Ungewißheit über den Erfolg der

Nur überhoben, und am Ende wäre ja vielleicht doch diese nicht nach Wunsch ausgefallen. Also weg mit dem Arm!

5) Ferner wird für die Zweckmäßigkeit der Verwaltungsjustiz auch noch als Motiv angeführt, daß die Regierungsbehörden mehr Mittel hätten, die Veranlassung zum Streite zu beseitigen, als die Justizstellen. Werde z. B. eine Gewerbsverleihung wegen eines Widerspruchs contentios, so könne die Verwaltungsbehörde dadurch auf kurzem Wege den Streit heben, daß sie dem Concessionssucher an einem andern Ort, als an dem, wo seine Ansässigmachung bestritten werde, eine convenable Unterkunft verschaffe. — Ich lasse dahin gestellt seyn, ob es der Justizverwaltung gerade einen Vorzug giebt, wenn sie mehr kann, als man nach ihrem Zweck und Wesen von ihr zu fordern befugt ist, nämlich das Recht zu handhaben, und jedem zu verschaffen, was ihm von Gott und Rechtswegen gebührt; ich lasse ferner dahin gestellt seyn, ob mit dieser Justizsurrogations-Maxime den Forderungen genügt wird, die man an das Amt eines Richters mit Recht macht. Wohl möchte auf diesem besondern Wege der Rechtsverwaltung, um der Beschwerlichkeit, einen vielleicht kritischen Rechtsfall entscheiden zu müssen, überhoben zu werden, mancher Richter seine Zuflucht zu diesem allerdings bequemen Auskunftsmittel nehmen, und dem Rechtsuchenden ein quid pro quo zuwenden. Es fragt sich nur, ob dem für sein, wenn auch nur vermeintes Recht Abgefundenen die Abfindung auch anständig, ob z. B. dem Krämer, dem das Niederlassungsgesuch wegen des Widerspruchs der schon vorhandenen Krämer zu A versagt wird, die Unterkunftsverschaffung in Z eben soviel gilt; ob er nicht mit Recht über Justizverweigerung klagt, wenn man ihn in A nicht aufkommen lassen will, bloß weil es die Krämer dort

nicht leiden wollen, und der Rechtsanspruch altioris indaginis ist? — Doch diese Betrachtungen und gewisse sich dabei unfreundlich aufdringende Vorstellungen von einer dem Richter nicht zukommenden Dienstfertigkeit und Mäckelei bei Seite gesetzt, frage ich nur: bleibt es denn den Regierungsbehörden nicht unbenommen, auf die angegebene Weise von Amtswegen oder allenfalls auf Verwendung des Richters gleichwohl ihre Fürsorge zu bethätigen, und dem, der in jure succumbirt, aus dem Füllhorn ihrer Hülfsmittel wieder aufzuhelfen?

b) Es wird gesagt, die Civilgerichte müßten ja doch in den meisten der in die Administrationsjustiz einschlagenden Fälle aus Mangel an technischen Kenntnissen sich ein Parere von Sachverständigen geben lassen, für welche die Regierung wohl niemand als ihre administrativen Behörden gelten lassen könne. Wenn nun auch diese, woran noch sehr zu zweifeln wäre, dieses Amt übernähmen, so müßten die Civilgerichte es doch bei diesem Parere lassen, und sie hätten bloß die Ehre, die Maschine zur Verkündigung desjenigen zu seyn, was jene Behörden geurtheilt haben; also gewonnen wäre nichts.

Dagegen ist nun gar manches zu sagen.

a) Daß die Civilgerichte in den meisten Fällen des Administrativressorts aus Mangel an technischen Kenntnissen ein Parere von Sachverständigen nöthig hätten, glaube ich nicht, vielmehr bin ich überzeugt, daß dieß nur in den wenigsten Fällen nöthig seyn wird, wenn der Richter anders ein praktischer Rechtsgelehrter ist.

b) Ob die Regierung nur ihre administrativen Behörden als Sachverständige will gelten lassen und sonst niemand, das wird in causis privatorum und wo sie

Partei ist, und wo eine solide Verfassung besteht, wohl nicht auf sie allein ankommen, sondern auf die Gesetze und deren Vollstrecker, die Richter. Also dießfalls wäre ich ausser Sorgen, eben so als

c) rücksichtlich der Besorgniß, daß die Behörden des Regierungsressorts es unter ihrer Würde finden möchten, als Sachverständige zu urtheilen, und daß, wenn sie ja diese besondere Eitelkeit haben sollten, es kein Mittel gäbe, sie ihnen zu benehmen.

d) Daß die Richter sich nach dem Parere achten müssen, ist ganz in der Ordnung, sofern man darunter soviel versteht: der Richter müsse das durch ein dergleichen sachverständiges Gutachten erwiesene Faktum für erwiesen annehmen. Das versteht sich von selbst; er kann an dem Gutachten sowenig etwas nach Belieben ändern, als an jedem andern thatsächlichen Verhältnisse. Aber dieses unter das Gesetz zu subsumiren, also, was aus jenem begutachteten Faktum rechtlich folgt, festzusetzen, das bleibt ihm nicht nur noch übrig, sondern es ist dieses auch sein wesentlicher, unabänderlicher Beruf. Wer wollte denn richten, das heißt mit einer, jeden Privatwillen überwiegenden Kraft entscheiden, wenn es nicht der Richter wäre? Daß nach dem Parere der Sachverständigen ein zur Herstellung übernommener Bau als fehlerhaft hergestellt, die gelieferte Waare nicht von der bedungenen Güte befunden wird, daß der Beklagte nach hydrotechnischen Regeln ein schädliches Unternehmen an einem Flusse begonnen u. s. w. das sind freilich Verhältnisse, woran der Richter sowenig etwas ändern kann, als an dem Inhalt eines eingeklagten Schuldscheins, oder an der Aussage eines Zeugen. Aber es sind auch nichts mehr als facta, wobei erst noch festzusetzen ist, was denn nun daraus rechtlich folgt, und

was demnach der Kläger von dem Beklagten zu fordern oder nicht zu fordern hat. Der Richter ist also nicht bloß eine Maschine, wenn er das Urtheil eines Sachverständigen über ein factum zur Grundlage seines rechtlichen Urtheils nimmt, ob es ihm gleich vernünftiger Weise nicht einfallen kann, daran etwas zu ändern oder, weil er dieß nicht kann, sich für den bloßen Verkündiger des Ausspruchs eines andern zu halten.

§. 31.

Fassen wir das bisher Erörterte in einen Blick zusammen, so ergeben sich folgende Betrachtungen als Rechtfertigungsgründe der Trennung der Justiz von der Verwaltung, oder als Corollarien dieser Abhandlung über die Zweckwidrigkeit einer Administrativjustiz.

I. Um die Privatrechte oder die Rechte der einzelnen Staatsangehörigen gegen willkührliche Verletzungen in der bestehenden rechtlichen Ordnung zu schützen ist die bürgerliche richterliche Gewalt bestimmt.

II. Der richterliche Schutz der individuellen Rechtssicherheit wird realisirt a) durch Hinderung der verletzenden Handlung, oder doch wenigstens b) durch eine Einwirkung in deren Folgen, wodurch jene Handlung, wenn sie auch nicht zu hindern ist, doch wenigstens unschädlich gemacht wird.

III. Ferner wird dieser Rechtsschutz ertheilt nach Gesetzen, welche die wohlerworbenen Rechte der Einzelnen begründen und die Normen vorzeichnen, wie jene Rechte von Andern geachtet werden sollen, — nach bürgerlichen Gesetzen.

IV. Die regierende und die einen Zweig derselben bildende richterliche Gewalt haben ihre genau bestimmten

Grenzen, diss- und jenseits welcher den diese Gewalt ausübenden Organen, Verwaltungsstellen und Gerichten, ihr Wirkungskreis angewiesen ist. Keine dieser coordinirten Behörden kann in die Sphäre der andern übergreifen, weil sie sonst einer Grenzüberschreitung sich schuldig machen würde; keine kann die andere hindern, weil die gehinderte ausserdem nicht selbstthätig wirksam seyn könnte, wie sie es doch soll.

V. Die bürgerlichen Gesetze (III.) enthalten keine Bestimmungen über die Gesetzmäßigkeit einer Regierungshandlung.

VI. Die Regierungsgewalt kann indessen in ihrer Wirksamkeit mit wohlerworbenen Rechten Einzelner sich begegnen, die sonst von der richterlichen Gewalt ihren Schutz erwarten; und da es der Wirkung nach gleich ist, ob die Rechte der Einzelnen von Einzelnen oder von der öffentlichen Gewalt benachtheiligt werden, so ist auch in diesem Falle eine vermittelnde Gewalt nothwendig. Dieß kann aber aus dem (unter IV.) angegebenen Grunde die richterliche Gewalt nicht seyn, wenigstens nicht nach den sonstigen Kategorien der Anwendung ihres Schutzes (II.). Während daher bei Störungen und Verletzungen der Rechte von Einzelnen der Richter nicht bloß die Folgen unschädlich zu machen, sondern auch die verletzende Handlung selbst zu hindern befugt ist, ist dieß anders bei Regierungshandlungen, rücksichtlich deren der Richter in letzterer Beziehung nicht wirksam werden kann, weil theils keine Unterordnung unter die richterliche Gewalt eintritt (IV.), theils das Mittel des Rechtsschutzes aus Mangel an einschlagenden Gesetzen (V.) nicht Anwendung findet.

VII. Unschädlich machen oder Ersatz bewirken hindert aber weder die regierende Gewalt in ihrer Thätig-

keitssphäre, noch bedarf es zur deßfallsigen Beurtheilung anderer Normen als der bürgerlichen Gesetze (III.) Daher kann hier die richterliche Gewalt gegen die regierende, vielmehr gegen das hier in Anspruch kommende Staatsvermögen, allerdings wirksam werden.

VIII. Es kann aber der Staatsbürger gegen Regierungshandlungen die mit seinem Privateigenthum in Collision kommen, auch in der Beziehung, daß sie nicht geschehen, Schutz verlangen. Da ihm denselben die Gerichte nicht gewähren können, so muß in einem wohlgeordneten Staate deßfalls für eine andere Gewährleistung Sorge getragen werden; und diese Gewährschaft leisten: 1) weise Gesetze über die Verhältnisse des sogenannten äussersten Rechts des Staats in Beziehung auf Privatrechte *); 2) die Verpflichtung der Organe der Regierung, die ihnen anvertraute Gewalt verfassungsmäßig zum Wohle des Ganzen und der Einzelnen zu gebrauchen; 3) die Verantwortlichkeit dieser verwaltenden Staatsbeamten vor dem Throne, begründet durch eine zweckmäßige Verfassung, und geltend gemacht durch das Recht der Beschwerde über Verletzung constitutioneller Rechte.

IX. Bei allen Privatstreitigkeiten, die ihre Entscheidungsnorm in den bürgerlichen Gesetzen finden, tritt die richterliche Gewalt in ihrer vollen Wirkung ein, indem das Rechtsverhältniß weder durch den Umstand, daß dessen Erkenntniß eine eigenthümliche Sachkenntniß fordert, noch dadurch, daß Grundsätze der öffentlichen Verwaltung veranlassend oder modificirend eintreten, an

*) wie sie namentlich (nach oben S. 243. Note) in Baiern bestehen.

seiner Eigenschaft, als Privatrechtsverhältniß eine Veränderung erleidet.

X. Es sind daher die sogenannten Administrativjustizsachen eben sowohl Privatrechtssachen, wie jede andere, obgleich die erst (IX.) bemerkten Modalitäten dabei eintreten.

XI. Gründe der Billigkeit und des öffentlichen Wohls können von dem Gesetzgeber bei Ertheilung eines Gesetzes, sie können aber nicht von dem Richter bei der Entscheidung eines gegebenen Falles zur Norm angenommen werden, wenn sie nicht vorher das Gesetz sanktionirt hat. Es giebt daher keine Richterbehörde, welche nach eigenthümlichen, durch Gesetze nicht begründeten Erwägungen richtet.

XII. Die mehrere Beschleunigung, welche eine Sache vor der andern fordert, eine besondere wissenschaftliche oder technische Kenntniß, die deren richtige Beurtheilung voraussetzt, rechtfertigen an und für sich keinen besondern Richter, sondern nur ein besonderes Verfahren.

XIII. Selbst da wo besonderer Umstände wegen eine Exemtion von dem ordentlichen Forum rathsam erscheint, muß immer die Organisation einer besondern, mit qualifizirten Richtern versehenen Gerichtsstelle als nothwendig vorausgesetzt werden. Denn das richterliche Amt erfordert förmliche Constituirung, und keine rechtliche Gewalt kann den zum Richter machen, dem die Eigenschaften zum Richteramte fehlen.

XIV. Eine überdieß bedenkliche Ausnahme von der Regel kann nur durch Gründe der Nothwendigkeit geboten werden, die das Bedenkliche der Ausnahme überwiegen. Der Zweck der Vorbeugung von Competen-

ſtreitigkeiten, der eine Adminiſtrativjuſtiz als Ausnahme von der Regel begründen ſoll, enthält aber keine ſolche Nothwendigkeit, er fordert vielmehr die Handhabung der Regel, um nicht erſt Streitigkeiten herbeizuführen über Grenzen, die minder leicht erkennbar ſind, während man Irrungen über leicht erkennbare vermeiden will.

XV. Die Grenzen zwiſchen reinen und gemiſchten Rechtsſachen ſind ſchwerer zu erkennen, als zwiſchen Juſtiz- und Verwaltungsſachen. Denn der Unterſchied zwiſchen dieſen ergiebt deren Zweck, wenn man nur ſelbigen von Zufälligkeiten, wornach der eine dieſer Zweige der öffentlichen Gewalt dem andern ſich mehr oder weniger nähert, zu trennen weiß, was nicht ſchwer hält.

Als Juſtizſache erſcheint demnach, was die Handhabung der angefochtenen individuellen Rechtsſicherheit betrifft, und ſie unterſcheidet ſich von Verwaltungsſachen dadurch, daß es auf den Schutz individueller Rechte ankommt. Ein zufälliger Umſtand iſt aber die Berührung mit Rückſichten des öffentlichen Wohls (wie bei Spolien-, bei Eheſachen ꝛc.) oder der Einfluß der öffentlichen Verwaltung in die Form unter welcher das Privatrecht ſich geſtaltet hat, (wie in Gewerbsſachen, Kriegslaſten-Concurrenz-Angelegenheiten ꝛc.) — Eine Verwaltungsſache iſt am leichteſten durch den Gegenſatz von Juſtizſache ſelbſt zu erkennen; was bei der Ausübung der Regierungsgewalt nicht die Handhabung der individuellen Rechtsſicherheit angeht, iſt eine Verwaltungsſache.

VIII.

Enthält die Verpflichtung der Parteien, vor Gericht die Wahrheit zu reden, einen unnatürlichen Zwang *)?

Es ist ein achtungswerthes Bestreben der wissenschaftlichen Forschung unserer Zeit und verdient den lebhaftesten Dank jedes Wahrheitsfreundes, daß man auch auf solche Bestimmungen unserer Gesetzgebung einen prüfenden Blick richtet, welche man gemeinhin für ganz ausgemachte Wahrheiten annimmt. Aber man sollte auch die Wahrheit von allen Seiten betrachten und die Prüfung der Zweifel dagegen eben so willig aufnehmen. Man will indessen die Bemerkung gemacht haben, daß gegen die Zweifler an der Wahrheit und gegen die Tadler des Bestehenden der Zeitgeist sich gnädiger erweist, als gegen diejenigen, welche die Vertheidigung übernehmen.

Man hat es anstößig gefunden, und besonders dem preuß. Prozesse zum Vorwurf gemacht, wenn das Gesetz die Parteien verpflichtet, vor Gericht die Wahrheit zu reden, und so dem Richter (nach dem Untersuchungsprinzip) die Obliegenheit, die Wahrheit der thatsächlichen Verhältnisse auszumitteln, oder der Gegenpartei die Last der Beweisführung zu erleichtern, und daß die Unterlassung dieser Pflicht mit Strafen, bekannt unter dem Namen der Strafen des frevelhaften Leugnens, belegt sey.

*) Gegen Mittermaier der gem. deutsche bürgerl. Prozeß in Vergleichung mit dem preuß. ꝛc. (Bonn 1820.) S. 79.

Was schon das römische Recht deßfalls vorschreibt, ist bekannt *); die Idee hat also nicht einer mißverstandenen Humanität neuerer Gesetzgeber ihre Entstehung zu verdanken. Auch lasse ich dahin gestellt seyn, ob in Beziehung auf das römische Recht die Sache eine wesentlich verschiedene Bedeutung erhält, wenn man den Grund der Verpflichtung, die den Kläger vor ungerechtem Leugnen des Beklagten, und diesen vor ungerechten und muthwilligen Klagen schützt, in dem Institute der römischen Sponsiones suchen muß, da es wenigstens nichts Widersprechendes enthält, wenn bei uns das Gesetz eine Verpflichtung bewirkt, welche bei dem Römer durch eine freiwillige Zusage contrahirt wurde. — Der Grundsatz: alles zu entfernen, was dem Zwecke der Rechtsverfolgung und Vertheidigung hinderlich ist, liegt jedem Prozeßgesetzgeber so nahe, in ihm spricht sich eine so dringende Forderung an seine Fürsorge aus, daß in jener Verpflichtung, nicht zu lügen, nicht zu verdrehen, nicht wissentlich falsche Thatsachen als wahr aufzustellen, nicht grundlose Forderungen wider bessere Überzeugung vor Gericht zu verfolgen, vielmehr aller unerlaubten Mittel sich zu enthalten, so wenig ein unnatürlicher Zwang zu finden ist, als in dem Verbote, mit des Andern Schaden seine Glücksumstände zu verbessern.

Man hat behauptet: das natürliche Verhältniß der Streitenden sey das zu streiten; die Gesetzgebung handle daher unrecht, wenn sie von den Parteien mehr verlange, als jeder in ähnlicher Lage ohne heroische Tugend leiste. Die Gesetzgebung könne daher nicht die Angabe der reinen Wahrheit gebieten, wobei die natür-

*) Glücks Commentar VI. S. 182. ff.

liche, der menschlichen Natur entsprechende Stellung der Parteien gegen einander das Gegentheil lehre, und wo daher das Gebot des Staats in jedem Augenblicke verspottet werde, ohne daß deßwegen für jede Lüge eine Strafe eintreten könne. Eben so widersinnig sey es, von Rechtsverdrehungen zu reden, da das, was ausgemachten Rechtens ist, sich nicht verdrehen lasse, oder gerichtswidrige Behauptungen zu verpönen, welche als einseitige, ohne Beweis juristisch nicht zu beachtende Vorgeben einer Partei gleichgültig seyen.

Allein wenn wir nicht in Abrede zu stellen vermögen, daß jede Partei das Recht hat, von der andern zu fordern, nicht unredlich behandelt zu werden; so kommt es nur darauf an, ob es unredlich zu nennen ist, wenn die eine der andern wider besseres Wissen Thatsachen ableugnet, auf deren Wahrheit das Recht der letztern beruht. Daran ist nun wohl nicht zu zweifeln. Denn wenn es unredlich und unrechtlich ist, den Gegner um ein wohlerworbenes Recht zu bringen, so ist jedes Mittel, das zu diesem Zwecke führt, wohl eben so unredlich und unrechtlich. Der wider besseres Wissen das Daseyn einer Schuldforderung ableugnende Beklagte beabsichtet doch wohl nichts weiter als den Kläger darum zu bringen. Die Unterlassung dieser rechtswidrigen Handlung (die immer rechtswidrig bleibt, wenn auch der Kläger den Grund seiner Klage erweisen kann, was auch oft wohl nicht der Fall seyn kann — woher das Sprüchwort: tibi non deficit jus, sed deficit probatio) diese Unterlassung kann nicht mit dem Namen einer heroischen Tugend beehrt werden, wenn man nicht der menschlichen Würde zu nahe treten will. Durch Lügen mit dem Schaden des Nächsten sich nicht zu bereichern, giebt sowenig einen Anspruch auf Ver-

dienstlichkeit, als nicht zu stehlen, wenn man dazu Gelegenheit hat. — Hier werden aber offenbar zwei verschiedene Dinge verwechselt: erstens die Frage, ist das Gebot rechtsgesetzmäßig zu rechtfertigen? — woran nicht zu zweifeln ist; zweitens: ist das Gebot praktisch? — Hier ist nun freilich nicht zu leugnen, daß die Strafen oft nicht zur Anwendung kommen werden, weil es am Beweise der strafbaren Handlung häufig fehlen wird. Allein daß die Strafen der Lügen und Chicane nicht immer anzuwenden sind, weil diese nicht immer erkennbar sind, dieß macht die gesetzliche Bestimmung nicht zwecklos, weil sonst in unserer Strafgesetzgebung ebenfalls manches Gesetz überflüssig und zwecklos seyn würde, weil Jahr aus Jahr ein eine Menge Diebe und Betrüger ungeahndet stehlen und betrügen. Mag es auch seyn, daß der Beweis bisweilen schwierig ist, ob der anfänglichen Ableugnung nicht ein Irrthum, sondern die wirkliche Überzeugung vom Gegentheile zum Grunde liege, und daß der Beweis des Gegentheils der Behauptung nicht gerade den Beweis gefliſſentlicher Unwahrheit oder Falschheit begründet. Dieß allein macht das Gesetz eben so wenig unpraktisch, als das Gesetz wider den Meineid, dessen Anwendbarkeit auch mehr oder weniger vom Zufalle abhängen kann. Man wird indessen bei einer längern Praxis wohl die Erfahrung gemacht haben, daß es bei mündlich protokollarischen Instruktionen (bei dem schriftlichen Verfahren fällt freilich auch dieß weg) nicht selten ist, daß die Partei, wenn sie das anfangs geleugnete endlich zugesteht, weil sie der Macht der Wahrheit weichen muß, auch zugleich bekennt, daß sie die Unwahrheit geredet, oder doch wenigstens durch das Zugeständniß des Gegentheils deßfalls wenig Zweifel übrig läßt.

Das natürliche Verhältniß der Streitenden ist freilich das Streiten; aber doch wohl nur mit gesetzlich erlaubten Waffen. Gewiß würde sich jede Partei, die überhaupt noch Begriffe von Scham hat, scheuen, von sich einzugestehen, daß sie sich anderer als ehrlicher Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bedient habe; und der Gesetzgeber sollte durch seine Sanktion nicht dahin wirken dürfen, daß dieses von der sittlichen Würde des Menschen unzertrennliche Gefühl erhalten werde? —

Was das Gesetzverdrehen und aktenwidrige Behaupten betrifft, so kann man zugeben, daß dergleichen bei einem rechts- und geschäftserfahrnen und gewandten Richter vergebliche Unternehmungen sind. Aber der rechtschaffene Richter läßt sich auch nicht bestechen, und doch ist der Versuch einer Bestechung nicht gleichgültig. Jedes Unternehmen, das darauf hinausgeht, die Rechtsverfolgung oder Vertheidigung zu erschweren, jedes Unternehmen, welches den Zweck hat, den Richter, der eben doch ein Mensch und als solcher nicht allsehend ist, irre zu leiten, oder ihm auch nur eine ausserdem unnöthige Anstrengung zu verursachen, und so die Zeit zu nützlicherer Beschäftigung zu rauben, jedes Unternehmen, wodurch die Gegenpartei ermüdet und so in Nachtheil versetzt werden soll, mit einem Worte, jede Umtriebe der Chikane und Bosheit, sind nicht bloß unmoralisch, sondern sie sind auch ungerecht, weil sie den Sieg des Unrechts über das Recht befördern; auch sind sie eine Verletzung der dem Gerichte schuldigen Achtung, die derjenige immer aus den Augen setzt, der den Andern dafür annimmt, daß er sich werde täuschen lassen.

Richtiger hat in dieser Beziehung Martin*) die

*) Lehrb. des Prozesses §. 37.

Grenzlinien der Verpflichtungen der Parteien gegen einander bezeichnet, wenn er sagt: Es ist nicht nur unerlaubt und nachtheilig, gegen bessere Überzeugung einen ungerechten Rechtsstreit anzufangen, sondern auch verboten, dessen Führung durch widerrechtliches Benehmen dem Gegner zu erschweren, wenn gleich die streitenden Theile als solche nicht verbunden sind, die Prozeßführung einander zu erleichtern. — Dieß ist der richtige Gesichtspunkt. Das Erleichtern mittelst einer positiven Handlung kann nicht gefordert werden; hier wäre es, wo man eine heroische Tugend zum Gegenstand eines Rechtsgebots würde machen müssen. Aber das Unterlassen einer ungerechten Handlung, des Leugnens und der Chicane, kann und muß das Gesetz gebieten, wenn Gerechtigkeit zu befördern sein Ziel ist. So kann man nach Vernunft und Billigkeit dem Kläger nicht verargen, wenn er sich sorgfältig bemüht, die thatsächlichen Verhältnisse so zu stellen, daß er dem Beklagten dadurch nicht selbst Ausflüchte an die Hand giebt; auch kann man es ihm nicht verdenken, wenn er Umstände ganz in dem Hintergrund erscheinen läßt, die vielleicht unmittelbar zu einem Einwande führen, wie z. B. der Verjährung. Man wird dieß in dem Grade natürlicher und die Forderung der Aufrichtigkeit unpassender finden, als von Rechten die Rede ist, die sich, wie eben die Verjährung, der Macedonianische Rathschluß ꝛc., nur auf positive, eine natürliche Verbindlichkeit unwirksam machende Gesetze gründen. Hier wäre es eine heroische Tugend, wenn der Kläger dem Beklagten einen Sieg erleichterte, wiewohl er durch seine Klage mit dieser Tugend eigentlich in Widerspruch käme. Aber das wider besseres Wissen geschehene Ableugnen einer Handschrift, die Einklagung einer offenbar grundlosen Forderung u. s. w. sind und bleiben nach allen Begriffen von

Recht widerrechtliche und strafbare Handlungen; sie bleiben es um so mehr, da die Angriffs- und Vertheidigungsmittel rücksichtlich ihres Erfolgs nicht von dem Willen der Partei abhängen, die sich derselben zur Erhaltung ihres Rechts gegen dessen Störer bedienen muß.

Eine andere Frage ist: welche Strafen sind zweckmäßig? Und hier ist allerdings nicht zu leugnen, daß diejenigen, welche die preußische Prozeßordnung im 23. Tit. §. 51. ff. vorschreibt, offenbar unangemessen sind. Denn denjenigen, der sich etwa zu einer Unwahrheit vor Gericht in eigener Sache hat verleiten lassen, dafür gleichsam auf immer gewissermassen rechtlos zu machen, indem er unfähig seyn soll, in diesem und allen nachherigen Prozessen einen ihm zum Vortheile gereichenden nothwendigen Eid zu leisten, dieß steht doch in der That in keinem Verhältnisse mit dessen Real. Dergleichen Strafen werden dann gerade wegen ihrer Strenge nicht gefürchtet, weil man aus Erfahrung weiß, daß sie nicht vollstreckt werden, und so ist denn auch die im Eingange jedes preußischen Instruktionsprotokolls vorkommende "Erinnerung an die Strafen des frevelhaften Leugnens vor Gericht" eine von den Formeln, wobei man sich weiter nichts denkt, als daß eben so immer die Protokolle lauten.

Aber ungestraft soll darum der Lügner und Rechtsverdreher nicht bleiben. Ausser dem Ersatze, der durch sein Verschulden verursachten mehreren Kosten, soll er auch empfindlich am Gelde oder im Falle des Unvermögens am Leibe gestraft werden, vorausgesetzt, daß die Thatsache des Leugnens genugsam dargethan ist, also freilich nicht durch den Beweis des Gegentheils des abgeleugneten Umstandes allein. Die Strafen der Chicane werden ohnehin meistens die Rechtsanwälte treffen,

und

und so wie hier die That leichter zu constatiren ist, so ist es auch eine eigene Forderung der Disciplin, es hier strenge zu nehmen, und jede Ungebühr mit Nachdruck zu ahnden, zumal da der Sachwalter dadurch eine beschworne Pflicht übertritt, ohne einen Prozeß für sich selbst zu gewinnen, also bloß aus Beweggründen unredlich handelt, die mit denjenigen, wodurch die Partei verleitet wird, nicht zu vergleichen sind.

IX.

Von Terminsprorogationen und deren zweckmäßiger Beschränkung.

Ich habe der Sache auf Kosten der Sprachreinigkeit ein Opfer gebracht, indem ich mich des Ausdrucks Terminsprorogationen bediente, als Gattungsbegriff für eigentliche Termine oder Tagesfahrten und deren Weiterverlegung *) und für Fristen und deren Verlängerung. — Es bedarf wohl keines Beweises, daß die Einhaltung der von dem Richter anberaumten Termine und Fristen auf den schleunigen Gang des Rechtsverfahrens von dem wesentlichsten Einflusse, auf der andern Seite dagegen jede Verlängerung, sie mag nun von den Umständen geboten seyn, oder in der Trägheit

*) In dem Weiterverlegen, nicht in dem Verlegen überhaupt liegt das Bedenkliche. Wenn der Advokat am 6. Februar verhindert ist, und bittet mit Einwilligung des gegentheiligen Anwalts den Termin auf den 5. zu verlegen, so hat dieß wohl kein Bedenken, wenn anders das Gericht an diesem Tage Zeit übrig hat.

Saumsal, oder einer geflissentlichen Verschleppung ihren Grund haben, den Prozeß verlängert, die Entscheidung verzögert, und die Kosten und Schreibereien vermehrt. Es ist daher eine wesentliche Forderung an jede gute Prozeßordnung, jedem Mißbrauche, der durch unnöthige Fristverlängerungsgesuche getrieben wird, zu steuern, auf der andern Seite aber auch keine Festsetzungen zu machen, welche die Betheiligten hindern, mit der nöthigen Muße sich der Ausführung und Vertheidigung ihrer Rechte widmen zu können. Darin liegt auch der einleuchtende Grund, daß im Zweifel dem angegriffenen Theil immer mehr Rücksicht widerfahren muß, als dem angreifenden, und daß es nicht nur ein unbilliges Mißverhältniß bewirkt, sondern oft unmittelbar zu nothwendigen Terminsverlängerungen führt, wenn der Termin zur Antwort auf die Klage nicht hinlänglich geräumig ist, während der Kläger zum Angriffe sich nach Belieben Zeit nehmen konnte. Überhaupt geräth man bei einer zu weit getriebenen Strenge mit einer der Hauptforderungen an eine solide Rechtspflege: Verstattung des genüglichen Gehörs, in Widerspruch.

Daß es hier eben nicht sehr leicht ist, die glückliche Mittelstraße zu finden, beweist die Erfahrung und noch kann keine Prozeßordnung bis auf unsere Zeiten herab sich rühmen, das Problem befriedigend gelöst und die Grenzlinie so gezeichnet zu haben, daß sich nicht im gegebenen Falle über der Rechtmäßigkeit des Hindernisses, aus welchem Dilation gesucht wird, oft eben so viele Zweifel für als wider die Erwägung darbieten. Der Grund liegt freilich einfach darin, daß hier, wo so vieles auf Umstände ankommt, die nur im gegebenen Falle beurtheilt werden können, gar vieles auf das vernünftige Ermessen ankommt, und eine allgemeine Regel, soll sie

anders als solche strenge angewandt werden, in ihrer Anwendung leicht den Fehler zu großer Strenge eben sowohl, als zu großer Nachsicht haben kann. Daß indessen eine Gesetzgebung, welche dem richterlichen Ermessen zuviel überläßt, ihren Zweck verfehlt, leuchtet von selbst ein. Je häufiger der Fall vorkommt, daß die Gesetzgebung dem richterlichen Ermessen in concreto die Entscheidung überläßt, je schwächer erscheint dieselbe; sie räumt dem Richter ihren Platz ein. Auch ist die Individualität der Richter zu verschieden, als daß von ihrem vernünftigen Ermessen sich immer etwas Vernünftiges erwarten ließe. Wären unsere Richter, auch die Besten unter ihnen, nicht Menschen, so würde man nicht einmal eine Prozeßordnung brauchen. — Aber auch eine zu strenge Gesetzgebung würde ihren Zweck verfehlen; sie würde nicht praktisch seyn, und man würde bei der Anwendung in Widersprüche kommen mit den Forderungen der Billigkeit, mit dem Grundsatze: ultra posse nemo obligandus und mit einer gründlichen Rechtspflege überhaupt *). Wenn von Leibnitz sagt, daß Krankheit oder Abwesenheit im Dienste des Staats Zufälle seyen, die sehr selten einem ordentlichen Mann, der für seine Geschäfte bey Zeiten sorge, hindern würden, auch durch Andere seine Geschäfte abmachen zu lassen; so schließt ja die Seltenheit nicht die Möglichkeit

*) Daher erscheint die Theorie von Leibnitzens (Ideal einer Ger. Ord. I. S. 110.) als praktisch unausführbar, welcher dem Richter die Befugniß, von den Fristen zu dispensiren, in keinem Falle und um keines ersinnlichen Grundes willen gestattet wissen will, und nur den Tod als Ausnahme von der Regel zuläßt. — Man muß nicht das Kind mit dem Bade ausgießen.

aus. Daß aber den Zufall derjenige tragen müsse, in dessen Person er sich ereignet, mag immerhin seyn, ohne daß dadurch die Forderung an Vernunft und Billigkeit ausgeschlossen wäre, die Wirkungen eines solchen Zufalles unschädlich zu machen, oder ihm selbst zuvorzukommen, soweit es möglich ist. Sonst würde ja der Gegentheil aus diesem Zufalle, der gleichwohl abgewendet werden kann, einen Vortheil ziehen, worauf er kein Recht hat. Wenn, nach dem deßhalb angeführten Beispiele, dem Beweisführer ein wichtiger Zeuge stirbt, ein Instrument verbrennt, so trifft freilich ihn der Verlust, aber bloß darum, weil und sofern es unvermeidliche Ereignisse sind. —

Unsere Gesetzgebungen, welche jene, aus dem Widerspruche mit den Forderungen der Billigkeit entspringende Verlegenheit fühlen, suchen sich durch den Beisatz "in der Regel" zu helfen: in der Regel soll keine Dilation Statt finden. Aber indem man die aus der Reihe der Erscheinungen denn doch nicht zu entfernenden außerordentlichen Fälle zu bezeichnen unterläßt, überläßt man die Beurtheilung, wann eine Ausnahme Statt haben solle, der Bestimmung des Richters, der sich nun gleichsam selbst das Gesetz für den gegebenen Fall machen soll. So kommt es denn, daß das Einzige, was das Gesetz in abstracto für die Ausnahmsfälle festsetzt, entweder negative Bestimmungen sind, die das Ganze nicht erschöpfen, oder die leidige salutarische Clausel vom "vernünftigen Ermessen nach den Umständen des Falls" die unter ihrem weiten Mantel der Verzögerungssucht einen willkommenen Schlupfwinkel darbietet.

Unsere Prozeßordnungen bieten mehr oder weniger einen solchen Schlupfwinkel dar, indem sie dem richterli-

chen Ermessen einen so weiten Spielraum öffnen, daß die Regel in der Ausnahme gänzlich untergeht, wozu noch der leidige Gerichtsbrauch kommt, eine Geburt des Schlendrians und der Laschheit unserer Gesetzvollstrecker; der so lange an der Regel nagt, bis sie alle Haltbarkeit verloren hat.

Der baierische Judicienprodor schreibt Cap. VI. §. 26. vor, daß mit dem Prolongationsgesuche niemals willfahrt werden solle, es sey denn noch vor Ausgang des Termins, darum gebeten, nebstdem eine erhebliche und wahrscheinliche Hinderungsursache bei dem zweiten, dritten und weitern Dilationsgesuche durch Abschwörung des jur. calumniae bestätigt, oder sonst genugsam bescheinigt.

Die preußische Prozeßordnung unterscheidet Tit. 8. §. 20. ff. 1) Hindernisse in der Person der Parteien und in der Sache, und 2) solche in der Person des Sachwalters. Bei erstern soll wieder unterschieden werden, ob es sich bloß von Verlegung des ersten Termins handelt. Hier ist es hinreichend, wenn das obwaltende Hinderniß nur bestimmt angezeigt und von dem Richter an sich nicht unerheblich befunden wird. Bei der zweiten Prorogation muß das Hinderniß, wenn es nicht notorisch ist, durch glaubwürdige Atteste bescheinigt werden. Hier soll zwar die Prorogation bewilligt, zugleich aber von dem Richter in Erwägung gezogen werden, was etwa zur Hebung des Hindernisses ohne weitere Verzögerung zu thun sey? z. B. durch Vernehmung der kranken Partei in ihrer Behausung u. s. w. Gleiche Erwägung soll angestellt werden, wenn das Hinderniß in der Sache selbst liegt. Dagegen soll ad 2) wegen eines Hindernisses in der Person des Sachwalters in der Regel (!) keine Terminsverlegung Statt finden,

sondern es muß dessen Substitut statt seiner handeln, oder ein anderer Bevollmächtigter bestellt werden.

Das würtembergische Organisationsedict über die Rechtspflege in den untern Instanzen vom 31. Dec. 1818. bestimmt §. 67. daß die Termine möglichst kurz *), jedoch mit steter Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse und zwar so bestimmt werden, daß jede Partei die erforderliche Zeit hat, um innerhalb dieses Termins die ihr gemachte richterliche Auflage befolgen, oder zu der vor Gericht vorkommenden Handlung sich vorbereiten zu können. Auf das Einhalten der Termine soll strenge gesehen, für die erste Erklärung des Beklagten über die Klage soll zwar erst der zweite, ausserdem aber stets schon der erste Termin peremtorisch gegeben werden; eine Verlängerung desselben muß immer vor dem Ablaufe nachgesucht und kann nur aus wichtigen, hinreichend bescheinigten Gründen verstattet werden, welche im Dekret anzuführen sind **).

Das großherzoglich hessische Gesetzbuch über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, bestimmt in der

*) Gerade darin liegt, wie ich unten zeigen werde, ein Fehler mißverstandener Beschleunigung. Die Termine sollen nicht kurz, sondern lang seyn; aber ihre Zahl soll nicht ohne Noth vermehrt werden. Indessen wird die Forderung der Kürze in dem würtembergischen Gesetz durch den Nachsatz gemildert, nach welchem der Termin zwar kurz, aber doch so lang seyn soll, als nöthig ist, wogegen sich denn nun freilich nichts mehr sagen läßt.

**) Dieß ist sehr weislich angeordnet. Der Richter, der nicht mit einem bequemen Fiat! davon kommt, hat nun wenigstens eben soviel Mühe bei der Gewährung als bei der Versagung der Frist.

Ordnung des gewöhnlichen Verfahrens bei den Land- und Stadtgerichten Art. 19. daß die Beweggründe für die Erstreckung des ersten Termins in dem Dekret angeführt werden sollen; eine zweite Erstreckung dürfe aber nur aus einer wahren physischen oder moralischen Unmöglichkeit in dem angesetzten Termine zu handeln bewilligt werden.

Das königlich-baierische Gesetz vom 22. Jul. 1819. einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend *), setzt fest, daß ein Hinderniß in der Person des Anwalts in der Regel kein Fristverlängerungsgesuch begründen solle. Es läßt nur dreimalige Verlängerung zu, die vierte nur ausnahmsweise wegen ganz ausserordentlicher Ursachen und mit präklusiver Wirkung.

Ich glaube, was ich von mehreren dieser gesetzlichen Bestimmungen praktisch erfahren habe, daß sich von ihnen insgesammt mit Sicherheit wenigstens nicht der Erfolg erwarten läßt, den man sich davon versprochen hat, nämlich ein Damm zu werden gegen Verzögerungen aus Bosheit oder Saumsal, ohne mit Rücksichten in Collision zu kommen, welche eine gründliche Behandlung der Sache und das jeder Partei gebührende genügliche rechtliche Gehör fordert. Dieß letztere, die Gründlichkeit der Erörterung, ist aber leider in so vielen Prozeßordnungen so gestellt, daß es das Ansehen gewinnt, als wenn die schleunige Erledigung einer Rechtssache, also daß sie beendigt werde, die erste, die Art ihrer Erledigung aber nur die zweite Rücksicht in Anspruch nähme, und so meint denn mancher Richter, er habe alles gethan, wenn er nur mit strenger Einhal-

*) Vergleiche von Gönner's Commentar hiezu (Erlangen 1820. 8.) S. 74 ff.

tung der Fristen sich nicht dem Verdacht einer Verzögerung aussetzt, unbekümmert darum, ob nicht etwa der Gewinn einiger Wochen oder Monate vielleicht mit der Ruhe einer ganzen Lebenszeit erkauft worden. Man darf also ja nicht vergessen, daß dieser Gegenstand vor andern zwei Seiten hat und daß, während man der Verschleppung mit Nachdruck steuern muß, man über gewisse Hindernisse des Verfahrens schlechterdings sich nicht hinwegsetzen darf, ohne tumultuarisch zu prozediren, und im eigentlichen Verstande der Form die Sache selbst aufzuopfern. Das erste, was der Rechtsuchende erwartet, ist gründliche, das zweite, schleunige Justiz; mit einer eiligen Justiz ist keinem Theile gedient.

Während die bemerkten verschiedenen Gesetze darin übereinstimmen: 1) daß die Prorogation vor Ablauf der Frist oder Eintritt des Termins nachgesucht und 2) die erste Verlängerung nicht leicht verweigert werden solle, fehlt es noch immer an einem festen Prinzip, mithin auch an einem anwendbaren Normativ. Zuviel ist dem vernünftigen Ermessen des Richters in concreto überlassen, ohne zu bedenken, daß ohne allen Anhalt die richterliche Willkühr häufig in dem Fall eines schädlichen Schwankens zwischen Gewähren und Abschlagen sich befinden muß, und daß man demjenigen Richter, der zu freigebig ist, oft schwer wird beikommen können, weil er in seiner individuellen Ansicht und Überzeugung eine Schutzrede suchen kann, die man nicht immer geradezu verwerfen kann, ohne den Vorwurf zu verdienen, Willkühr nach Willkühr beurtheilt zu haben. Ich gebe zu, daß positive Bestimmungen, nach welchen allein ein Verlängerungsgesuch Statt finden soll, ihre Schwierigkeiten haben *); aber eben so unzureichend sind bloß ne-

*) von Sönners Commentar S. 30.

gative Bestimmungen. Hier wie dort ist es nicht möglich, einen vollständigen Catalog aller zulässigen und unzulässigen Entschuldigungsursachen herzustellen; für die grössere Zahl der Fälle, wo keine gesetzliche Bestimmung gilt, bleibt also immer der richterlichen Willkühr ein ungemessener Spielraum, den der Richter nach Belieben verengen und erweitern kann. Der Lösung der Aufgabe scheint mir das hessendarmstädtische Gesetz am nächsten zu kommen, wenn es die Unmöglichkeit zu handeln als Grundsatz annimmt. Nur wird dieser Grundsatz in der Anwendung bald zu eng, bald zu weit seyn, so lange auf die Veranlassung der physischen oder moralischen Unmöglichkeit, und wiefern sie nicht dem Fristsuchenden selbst zur Last fällt, keine Rücksicht genommen, oder wenigstens diese Rücksicht nicht bestimmt ausgedrückt ist. Dieß ist aber gerade ein wesentliches Erforderniß. Denn lassen wir diese Modifikation aus dem Gesetze, so hat die Partei freies Spiel, sich schuldbar oder gar absichtlich in den Zustand der Unmöglichkeit zu versetzen. Der Beklagte darf nur einige Tage vor dem Termin eine bisher vielleicht verzögerte Reise unternehmen, und wir müssen ihm kraft des Gesetzes die Dilation gewähren, worauf er rechtlich und billig keinen Anspruch hat.

Hindernisse in der Person des Advokaten sollen in der Regel keinen Dilationsgrund abgeben. Da die Erfahrung lehrt, daß nur wenige Fristgesuche von den Parteien, die meisten dagegen von den Rechtsanwälten angebracht werden, und da genau betrachtet, die meisten Dilationsgründe in der Person des Anwalts und in seiner mangelhaften Applikation liegen; so scheint durch diese Bestimmung schon viel gewonnen zu seyn. Allein nur in der Regel soll ein Hinderniß in der Person des Advokaten kein Fristverlängerungsgrund seyn. Es fragt

sich aber: worin bestehen denn die Ausnahmen dieser Regel, die doch wohl mit dem Ausdruck: in der Regel, als zulässig angenommen werden sollen? Kann der Advokat, der von zwei von einander entfernten Gerichtsstellen vorgeladen wird, an beiden Orten zugleich seyn? Eine dergleichen Collision setzt gerade keine sehr ausgebreitete Praxis voraus. — Soll er einen Substituten stellen? Gesetzt man könnte dergleichen immer haben, zumal auf dem Lande, wo nur ein paar Rechtsanwälte bestellt sind, ist dieser Substitut in der Geschwindigkeit so zu informiren, daß nicht aus Mangel der Information vergebliche Handlungen vorgenommen, der Zweck des Termins also doch nur scheinbar erreicht, in der That aber vereitelt wird? Oder soll etwa nunmehr die Partei persönlich handeln? — die abwesende? oder in einem Falle, wo sie vielleicht von der Rechtskenntniß ihres informirten Sachwalters alles erwartet?

Ich glaube folgende gesetzliche Bestimmungen, wenigstens zur weitern Prüfung vorschlagen zu dürfen.

1) Die Fristen müssen verhältnißmäßig geräumig, und die Termine so bestimmt seyn, daß, wo nicht die Umstände vorzügliche Beschleunigung und daher eine kürzere, oder eine längere Zeitfrist fordern, der Partei oder deren Bevollmächtigten, nach der erforderlichen mehrern Vorbereitung, je 30 oder 15 Tage von der Behändigung der Ladung an frei bleiben.

2) Wenn in Folge eines Instruktionstermins (Commissions-Tagesfahrt) ein weiterer Termin zur Fortsetzung der Instruktion, zur Vernehmung der Zeugen u. s. w. anzuberaumen ist; so muß derselbe mit den gegen-

wärtigen Parteien oder Anwälten sofort verabredet und der Beschluß dem Protokolle sogleich angehängt werden.

3) Wer gegen eine richterliche Frist- oder Terminsbestimmung etwas zu erinnern hat, soll sich deßhalb innerhalb 3 Tagen oder, im Falle der deßhalb nach nr. 4. mit einer auswärtigen Partei oder deren Anwalte zu nehmenden Rücksprache, innerhalb 8 Tagen nach Empfang des Dekrets erklären, und es soll darauf die geeignete Rücksicht genommen werden. Besonders kann die Verlegung eines Termins ohne Schwierigkeit bewilligt werden, wenn sich der Sachwalter wegen einer Collision mit andern von ihm abzuwartenden Tagesfahrten gehörig ausweisen kann.

4) Bei jeder Terminsverbittung dieser Art muß der Verhinderte zugleich einige ihm freie Tage so nahe als möglich an dem verbetenen Termin vorschlagen, an welchen auch der mit vorgeladene Gegentheil oder sein Sachwalter zu erscheinen nicht abgehalten ist.

5) Auf den Grund der ausdrücklichen Einwilligung beider Theile, nicht aber der Rechtsanwälte, kann eine Prorogation ohne weiters erfolgen.

6) Ausser diesem Falle setzt ein Dilationsgesuch, wodurch der auf der Versäumung stehende Nachtheil abgewendet werden soll, a) rechtzeitige Anbringung und b) Bescheinigung eines zulässigen (nr. 8. 10.) und dabei auch in Beziehung auf die obliegende Folgeleistung nicht selbst verschuldeten Hindernisses voraus.

7) Rechtzeitig angebracht ist das Gesuch, wenn es vor Ablauf der Frist oder vor Eintritt des Termins, und, im Falle das Hinderniß schon zur Zeit des behändigten Dekrets obwaltete, in der nr. 3. bemerkten Frist eingereicht wird. Bei der zuletzt bemerkten Verspätung

tritt jedoch bloß eine Ordnungsstrafe von einem Gulden für jeden versäumten Tag des verzögerten Anbringens ein.

8) Rechtmäßige Hindernisse (nr. 6. lit. b.) können eintreten aus Gründen in der Person und in der Sache. A) Als Hindernisse in der Person, und zwar der Partei sowohl als des Sachwalters, nicht aber eines bloßen Beistandes, gelten nur solche Umstände und Ereignisse, welche a) eine unbedingte Unmöglichkeit, dem richterlichen Befehle nachzukommen, zur Folge haben, oder ein solches Hinderniß verursachen, welches b) nur mit augenscheinlicher Gefahr für Leben und Gesundheit zu überwinden, oder nicht anders als c) mit Hintansetzung einer mit der Prozeßhandlung collidirenden Amtspflicht, insonderheit eines unaufschieblichen, nothwendig in eigener Person zu besorgenden Amtsgeschäfts der Partei, oder endlich d) mit einem beträchtlichen Vermögensverluste zu beseitigen ist. Ausserdem werden als rechtmäßige Abhaltungen erkannt: e) eben erst eingetretene Todesfälle in nahen Familiengliedern oder andere das Gemüth stark angreifende unglückliche Ereignisse und Umstände; f) auch unaufschiebliche, nothwendig in eigener Person zu verrichtende häusliche oder Gewerbsberufsgeschäfte einer Partei, wenn deren Versäumung für sie einen Verlust besorgen ließe, mit welchem der Nachtheil des Verzugs für den Gegentheil in keinem Verhältnisse stünde.

9) Es wird jedoch bei diesen Hindernissen überall vorausgesetzt, daß dem richterlichen Befehle durch einen Bevollmächtigten oder Substituten zu genügen nach den Umständen nicht möglich ist.

10) B) Auch in der Sache selbst können rechtmäßige Hindernisse liegen, und es gehören hieher alle von

der Aufschub suchenden Partei nicht verschuldete anzubefehlende Umstände, welche den Zweck des Termins oder der Frist schlechterdings vereiteln.

11) Rechtsmäßige Prorogationsursachen wirken nicht bloß einmal, sondern so oft sie eintreten. Doch soll bei wiederholten einseitigen Termins- oder Fristgesuchen der Richter mit den Parteien überlegen, wie etwa des Hindernisses ungeachtet, der Sache gleichwohl Fortgang zu verschaffen, oder auch wohl nach den Umständen mit beiderseitigem Einverständnisse dem Prozesse selbst zur Zeit Stillstand zu geben seyn möchte.

12) Die richterlichen Beschlüsse auf ein Prorogationsgesuch erfolgen durch bloße Vorzeigedekrete, denen jedesmal die Gründe der Bewilligung oder Abschlagung kürzlich beizufügen sind.

13) Ein abgeschlagenes dergleichen Gesuch hat mit einem nicht angebrachten in der Hauptsache gleiche Wirkung, wenn der Termin oder die Frist nicht eingehalten wird. Ob und unter welchen Bedingungen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt findet, ist nach den Regeln dieser Rechtswohlthat zu beurtheilen.

14) Die Beschwerde gegen das richterliche Dekret auf ein Prorogationsgesuch muß binnen einer präclusivischen Frist von 3 Tagen bei dem dasselbe erlassenden Richter eingereicht werden, welcher dieselbe sofort sammt den Akten an den Oberrichter mittelst einfachen Begleitungsberichts einsendet, bei dessen Beschluß es dann das Bewenden hat.

15) Der Richter ist bei der Abschlagung eines Prorogationsgesuchs nur für ein grobes, bei dessen Gewährung aber auch für ein geringes Versehen verantwortlich, und es soll von dem Oberrichter das Versehen im

erstern Falle auf erhobene Beschwerde mit einem Verweise, auch nach Befinden mit Verurtheilung in die Kosten der Beschwerdeführung geahndet werden. Im Falle einer Ordnungswidrig ertheilten Bewilligung aber soll der Richter auf erhobene Beschwerde nicht nur in die Kosten der Beschwerdeführung, sondern noch ausserdem in eine Strafe von 5—10 fl. verurtheilt, diese auch, nach Gelegenheit der sonst aus den Akten erlangten Kenntniß, selbst von Amtswegen verhängt werden.

16) Eine vom Oberrichter verworfene Beschwerde zieht allemal dem Advokaten, neben dem Verluste des Deservits für die Beschwerdeführung, auch den Ersatz der dadurch verursachten Gerichtskosten zu, und wenn dadurch eine Verzögerung entsteht, ausserdem noch eine Ordnungsstrafe von 10 — 25 fl. Gleicher Geld- oder im Unvermögensfalle verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe unterliegt die ihre Sache selbst führende Partei im Fall einer Verzögerung der Sache.

Motive

ad 1. Wenn man über ungebührliche Dilationsgesuche klagt, so vergißt man gewöhnlich, daß unverhältnißmäßig kurz gesetzte Fristen und Termine, welche die Parteien der nöthigen Muße zur Vorbereitung berauben, oft hieran die Schuld tragen. Dieß kommt hin und wieder, was besonders die Termine betrifft, auf Rechnung eines langsamen Expeditionsgangs, zum Theil aber und hauptsächlich auf einen mißverstandenen Beschleunigungseifer, der in seinen Wirkungen eben so nachtheilig ist, als Verzögerungssucht. Man verkümmert vielleicht den Termin um 10—14 Tage und muß ihn hinterher doppelt und dreifach verwilligen, der Schreibereien und Kosten nicht zu gedenken, die dadurch

verursacht werden. In einer geräumigen Frist hat der Handelnde mehr Spielraum, über die Umstände zu gebieten und allenfallsige Hindernisse wegzuräumen. Erscheint er dennoch mit einem Fristgesuche, so hat er schon die Vermuthung einer Saumsal gegen sich. Selbst Zufälle erscheinen dann häufig als gemischt mit Fahrlässigkeit.

Ad 2. Rechtfertigt sich als Beförderungsmittel von selbst.

Ad 3. Durch diese Festsetzung soll dem Übelstande begegnet werden, daß bloß der Richter, gleichsam einseitig, die Termine und Fristen bestimmt, ohne die Betheiligten über einen oft sehr wesentlichen Theil ihrer Vertheidigungsrechte, nämlich die Zeit, welche sie auf ihre Rechtsausführung verwenden dürfen, zu hören. Übrigens ist diese Bestimmung namentlich darauf berechnet, den Ausbeugungen der Verzögerungssucht einen Damm zu setzen, so wie der Sorglosigkeit der Sachwalter keinen Raum zu gestatten, indem sie nun nicht in Hoffnung auf das interim aliquid fit die Hände in den Schooß zu legen wagen dürfen. Auch werden so nicht leicht Collisionen mit auswärts oder bei andern Gerichten abzumachenden Geschäften eintreten, — eine wahre Fickmühle für manche Advokaten, wo man nöthigenfalls zwei Gerichte zugleich hintergehen kann! Wer zuerst kommt, hat auch hier den Vorzug, wenigstens in der Regel.

Ad 4. Bedarf keines Commentars.

Ad 5. Die Parteien sind Herren des Rechtsstreits nicht nur gegenüber dem Richter sondern auch gegenüber ihren Anwälten. Der collegialen Gefälligkeit dieser letztern, qui hanc veniam dando petunt vicissim, darf daher nichts überlassen werden.

Ad 6. Die Unmöglichkeit oder, wie man sonst sagte, ein ehehaftes (rechtmäßiges) Hinderniß zu handeln, muß das Criterium und gleichsam Richtscheit der Fristbewilligung, und es muß hier soviel möglich jede Willkühr verbannt seyn. Über Vermögen kann niemand verpflichtet werden; aber es muß, um nicht dem alten Unwesen wieder Raum zu gestatten, 1) eine absolute, 2) eine unverschuldete Unmöglichkeit seyn. Nehmen wir diese letztere Bestimmung nicht auf, so kann der Beklagte, nachdem er die Klagschrift 3 Wochen in der Hand hat, sie erst in der vierten Woche ansehen, und dann vielleicht auf Hindernisse stoßen, die sich wohl in 4 Wochen hätten beseitigen lassen, aber nicht mehr in wenigen Tagen zu überwinden sind. Der deßfallsigen Saumsal wird durch die Bestimmung ad 7. begegnet. — Übrigens war die Verschuldung durch den Beisatz: "in Beziehung auf die obliegende Folgeleistung" näher zu bestimmen. Denn es muß allerdings vorausgesetzt werden, daß die Schuld in nothwendiger Beziehung zu der gerichtlichen Handlung stehe. Hat jemand durch Unvorsichtigkeit ein ihn betroffenes, an sich excusirendes Unglück selbst herbeigeführt, so bleibt es doch ein ehehaftes Hinderniß. Hat aber die Partei oder der Advokat, ob sie gleich aus dem eingetretenen Thauwetter vorhersehen konnten, daß der von ihnen zu passirende Fluß im morgenden Termine nicht zu passiren seyn würde, dennoch nicht schon heute sich auf den Weg gemacht, so giebt ihnen die morgen eintretende Unmöglichkeit keinen Entschuldigungsgrund ab.

Ad 8. Die Hinderungsursachen ad a — d enthalten diejenigen Fälle einer absoluten oder relativen physischen und moralischen Unmöglichkeit zu handeln, welche nach meiner Überzeugung nothwendig berücksichtigt werden

den müssen, und nach ihrer Fassung so angegeben sind, daß in concreto nicht leicht ein gegründeter Zweifel über die Statthaftigkeit eines vorgeschützten Hindernisses entstehen kann. Eine kleine Unpäßlichkeit, üble Witterung, die etwa eine Lustreise verzögert hätte, eine vage Berufung auf Amtsgeschäfte von Seiten der Partei, (denn die Amtsgeschäfte eines Advokaten können als Hindernisse ohnehin nicht gelten, weil deßhalb schon durch die Bestimmungen ad a — 4 billige Vorsehung getroffen ist) — können nun nicht mehr als Impedimenta legitima allegirt werden. Ob ein beträchtlicher Vermögensverlust zu besorgen ist, wird der Richter im gegebenen Falle zu beurtheilen wissen, denn dießfalls läßt sich nun freilich kein Maßstab angeben, da hierbei so vieles auf individuelle Verhältnisse ankommt. — Zwei Fälle (ad e u. f), deren billige Berücksichtigung unverkennbar ist, schienen mir unter gehöriger Modifikation eine namentliche Erwähnung zu fordern. Sie waren nicht wohl in die von a — d gegebenen Regeln aufzunehmen, ohne diese allenfalls zu weit zu machen, und so dem Mißbrauche selbst einen Anlaß zu geben. Dabei soll es aber auch das Verbleiben haben. Sollten also auch noch mehr Fälle dieser Art erdacht werden können, die scheinbar gleiche Rücksicht verdienen, es ist besser sie auszuschließen, und zu strenge zu scheinen, als dem alten willkührlichen Spiele wiederum die Thüre zu öffnen. Die Erfahrung lehrt, daß der unruhige und begehrliche Mensch nicht eher zufrieden zu stellen ist, als wenn man seiner Phantasie eine Fessel anlegt, die ihn zu ruhen nöthigt. Warum fällt es niemand mehr ein, gegen das Fatale der Appellationseinwendung eine Frist zu suchen? In Baiern ist die vereinte Nothfrist der Interposition und Justifikation auf 60 Tage gesetzt, und die der Appellationsexception unerstrecklich auf 30 Ta-

Ad 6. Die Unmöglichkeit oder, wie man s[illegible] ehehaftes (rechtmäßiges) Hinderniß zu [illegible] das Criterium und gleichsam Richtscheit [illegible] gung, und es muß hier soviel möglich [illegible] bannt seyn. Über Vermögen kann [illegible] werden; aber es muß, um nicht [illegible] wieder Raum zu gestatten, 1) [illegible] eine unverschuldete Unm[illegible] men wir diese letztere Bestim[illegible] der Beklagte, nachdem er [illegible] der Hand hat, sie erst in [illegible] und dann vielleicht auf [illegible] in 4 Wochen hätten [illegible] in wenigen Tagen zu [illegible] gen Saumsal wird [illegible] net. — Übrigens [illegible] satz: "in Beziehu[illegible] näher zu bestimm[illegible] setzt werden, [illegible] hung zu der [illegible] durch Unvor[illegible] firendes Ur[illegible] ehehaftes [illegible] Advokat [illegible] der vor[illegible] de Fl[illegible] würd[illegible] mac[illegible] [illegible] Rücksicht verdient als der häusliche und Ge[illegible] [illegible] eruf, ist nicht zu verkennen, doch darf auch der [illegible] nicht unberücksichtigt bleiben, wenn er den Nach[illegible] [illegible] aus der Verzögerung beträchtlich überwiegt. Dieß [illegible] ordert die Billigkeit.

Einschränkung bedarf keiner Erläu

hen Hinderniſſe ſind weniger
ten alſo eher eine ſpezielle

hen, warum man
ſeyn, bei den
t kein zu-
Bewilli-
den. Tritt
handhaftes Hin-
eben ſo wirkſam
hier eine Abkürzung
halb auf die Umſtände im
ßt ſich darüber im Allgemei-
Weſentlich ſcheint mir dagegen
daß der Richter wegen Entfernung
mit den Parteien ſich benehme. Man
wenden, daß er damit in die Sphäre der
igkeit einſchreite. Allein daß er dieß nicht
daß er nicht ſchlechthin von Amtswegen für den
trieb ſorgt, dieß zeigt in Fällen dieſer Art ſchon die
fortgeſetzte Regſamkeit mit Friſtgeſuchen und Ungehor-
ſamsbeſchuldigungen. Keine Partei läßt den Prozeß lie-
gen, und man könnte nur dann annehmen, daß der Rich-
ter ex officio procedire, wenn die Partei ſelbſt, welche
bei der Fortſetzung der Sache intereſſirt iſt, die Weg-
räumung des Hinderniſſes ausdrücklich ablehnte, damit
alſo in die fernere Friſtgeſtattung zum Beſten ihres Geg-
ners einwilligte. Oft wird eine zeitige Suſpenſion des
Prozeſſes mit Einwilligung der Prozeßführenden rathſa-
mer ſeyn, als ein fortgeſetztes Manipuliren mit Friſtge-
ſuchen und deren Geſtattung, wodurch der Prozeß nur

ge, und die Sachwalter werden mit den weitläufigsten Schriftprodukten richtig fertig. Hätten sie Hoffnung, eine Prorogation zu erhalten, sie würden gewiß in 60 und resp. 30 Tagen oft nicht fertig werden. Die Noth macht erfinderisch in Hülfsmitteln, sie ist der kräftigste Sporn gegen die Trägheit, und man möchte sagen, wenn man muß, so giebt sich das wie anzugreifen schon von selbst.

Ich gebe übrigens auf o zu, daß es Todesfälle in nahen Familiengliedern giebt, welche die vorausgesetzte moralische Unmöglichkeit vor Gericht zu handeln ganz und gar nicht bewirken, und daß sie mit den "andern das Gemüth stark erschütternden unglücklichen Ereignissen" (z. B. wenn der Vorgeladene Vater eines einzigen hoffnungsvollen Sohnes ist, der auf dem Sterbebette liegt, oder wenn ihm gestern sein Haus abgebrannt ist ꝛc.) nicht auf einer Stufe stehen. Allein von Umständen, die etwa in concreto eintreten, kann der Gesetzgeber keine Kenntniß nehmen. Noch weniger darf gewissen Forderungen des Schicklichen und Sittlichen etwas vergeben werden. Mag der junge Mann durch den Todesfall seiner alten Frau auch nur uneigentlich in Trauer versetzt werden; hier kommt ihm das Gesetz ohne Ausnahme zu Statten. Übrigens wird die Tendenz des Beisatzes: "eben erst" leicht eingesehen werden. Nach mehreren Tagen fällt schon der Grund der Unfähigkeit zu handeln weg. — Daß der amtliche Beruf mehr Rücksicht verdient als der häusliche und Gewerbsberuf, ist nicht zu verkennen, doch darf auch der letztere nicht unberücksichtigt bleiben, wenn er den Nachtheil aus der Verzögerung beträchtlich überwiegt. Dieß fordert die Billigkeit.

Ad 9. Diese Einschränkung bedarf keiner Erläuterung.

Ad 10. Der persönlichen Hindernisse sind weniger als der sächlichen, jene gestatteten also eher eine spezielle Andeutung als diese.

Ad 11. Es ist nicht wohl einzusehen, warum man bei dem ersten Prorogationsgesuche laxer seyn, bei den folgenden es aber strenger nehmen sollte. Ist kein zureichender Grund vorhanden, so ist die erste Bewilligung so wenig zu rechtfertigen wie die folgenden. Tritt aber bei den folgenden Fristgesuchen ein standhaftes Hinderniß ein, so muß es prinzipgemäß eben so wirksam seyn, als das erste Mal. Ob hier eine Abkürzung Statt findet, kommt eben deßhalb auf die Umstände im gegebenen Falle an, und läßt sich darüber im Allgemeinen nichts bestimmen. Wesentlich scheint mir dagegen die Bestimmung, daß der Richter wegen Entfernung der Hindernisse mit den Parteien sich benehme. Man wird mir einwenden, daß er damit in die Sphäre der Parteithätigkeit einschreite. Allein daß er dieß nicht thut, daß er nicht schlechthin von Amtswegen für den Betrieb sorgt, dieß zeigt in Fällen dieser Art schon die fortgesetzte Regsamkeit mit Fristgesuchen und Ungehorsamsbeschuldigungen. Keine Partei läßt den Prozeß liegen, und man könnte nur dann annehmen, daß der Richter ex officio procedire, wenn die Partei selbst, welche bei der Fortsetzung der Sache interessirt ist, die Wegräumung des Hindernisses ausdrücklich ablehnte, damit also in die fernere Fristgestattung zum Besten ihres Gegners einwilligte. Oft wird eine zeitige Suspension des Prozesses mit Einwilligung der Prozeßführenden rathsamer seyn, als ein fortgesetztes Manipuliren mit Fristgesuchen und deren Gestattung, wodurch der Prozeß nur

scheinbar im Gange erhalten wird, eigentlich Parteien und Richter nur zwecklos in Thätigkeit bleiben, und die Akten mit nichts als Fristgesuchen, Contumacialanklagen und Decreten angefüllt werden.

Ad 12. Daß es wesentlich ist, auch bei einem bewilligten Dilationsgesuche die Gründe beizufügen, ist oben schon erinnert worden. Denn wenn sich gleich der Bittende mit der bloßen Gewährung begnügt, ohne die Gründe wissen zu wollen, so ist dieß doch anders rücksichtlich des Gegentheils.

Ad 13. In der Hauptsache ist die Wirkung gleich. Versäumt also der Beschwerdeführer die Frist oder den Termin über seinem Recurs an den Oberrichter, und dieser bestätigt den unterrichterlichen Beschluß, so trifft jenen der Statt findende Nachtheil des Versäumnisses eben so, als wenn er den Termin verschlafen hätte, ausser daß er dort noch die Ahndung der unjustifizirten Beschwerdeführung zu leiden hat.

Ad 14. Die Natur der Sache gebietet Beschleunigung, und die Umstände gestatten selbige.

Ad 15. Da die Versuchung zur Bewilligung einer Frist stärker, in ihren Folgen aber nachtheiliger ist, als die Abschlagung; so muß jene auch stärker geahndet werden, wenn sie ordnungswidrig erfolgt ist, als diese. Eine abgeschlagene Frist, bei der sich beruhigt wird, bietet keinen Stoff zu einer amtlichen Rüge dar; wohl aber eine bewilligte, wenn sich auch der andere Theil dabei beruhigt, weil hier das Stillschweigen wohl nur selten als Billigung des Betheiligten gilt. Denn dieser kann oft bloß darum schweigen, um nicht mit seiner Beschwerdeführung am Ende etwas zweckloses oder gar zweckwidriges durch Selbstverzögerung zu unternehmen.

Ad 16. Auch von dieser Festsetzung ergiebt sich das Motiv von selbst. Entsteht keine Verzögerung, weil etwa vor Eintritt des Termins oder vor Ablauf der Frist die höhere Resolution einlangt, so ist auch kein Grund zu einer Bestrafung der unrechtfertigen Beschwerdeführung vorhanden, ausser dem sich von selbst verstehenden Verluste des Deservits.

Es ist zu wünschen, daß der Gewinn aus der Handhabung guter Ordnung und Zucht gegen die Parteien und Sachwalter nicht auf der andern Seite durch die Trägheit und Saumsal der Richter wieder verloren gehen möge, und daß auch über diesen eine strenge Aufsicht walte, die jeder Verzögerung ernstlich steuert, ohne deßhalb für jede richterliche Entschließung einen bestimmten Zeitmesser anzuwenden, der genau regulirt, binnen wieviel Tagen ein Dekret oder Urtheil erscheinen müsse. Nur die Parteihandlungen und Vorträge können und müssen an ein gewisses Zeitmaß gebunden werden, weil unter andern auch die Zeit eine Bedingung der formalen Wahrheit ist, auf die es im Prozesse zunächst ankommt. Anders verhält es sich mit der Function des Richters; denn nicht die Zeit, wann sein Ausspruch in das Daseyn tritt, ist der Probirstein des Wahren und Guten, sondern der innere Gehalt der Arbeit. Gründlichkeit ist also hier die erste Forderung, Beschleunigung die zweite, Einhaltung einer gemessen vorgeschriebenen Zeit kaum die dritte.

X.

Über zweckmäßige Vereinfachung des Verfahrens in geringfügigen Sachen.

Die Verzögerungen der Rechtspflege, die man namentlich bei Untergerichten hin und wieder wahrnimmt, kommen großen Theils nicht auf Rechnung einer saumseligen und trägen Geschäftsführung, sie haben vielmehr häufig ihren Grund in einer gewissen Ungeschicklichkeit bei der Behandlung der Prozesse, vornamlich der geringfügigen oder sogenannten Bagatellsachen. Der Streit über den Ersatz eines angerichteten Schadens, über die Nichterfüllung eines Vertrags, über die Gewährleistung für die Mängel einer verkauften Sache ꝛc. wird, ungeachtet der Gegenstand vielleicht bloß einige Gulden beträgt, sobald sich dabei nur mehrere streitige Thatsachen und Verwickelungen ergeben, nicht selten mit einer Umständlichkeit und Sorgsamkeit behandelt, welche, so löblich auch im übrigen das zum Grunde liegende Bestreben, niemand in seinen Rechten zu nahe zu treten, seyn mag, doch hier zweckwidrig ist, da der Aufwand an Zeit und Mühe mit dem streitigen Gegenstande [illegible] im Verhältnisse steht; nicht zu gedenken des Mißverhältnisses zwischen Mitteln und Zweck, welches, so billig auch sonst die Sporteltaxe in dergleichen Sachen seyn mag, schon durch die oft unvermeidlichen Kosten veranlaßt wird. Es ist allerdings in der Eigenschaft dieser Händel selbst oft der Grund jener weitläuftigen Behandlung zu suchen. Denn gerade diese dem Betrage ihres Gegenstandes nach unwichtigen Angelegenheiten pflegen das Eigene zu haben, daß sie Irrungen und Verwickelungen herbeiführen, dergleichen oft Sachen, die dem Gegenstande nach ungleich wichtiger sind, nicht veranlassen. Die Ursache liegt sehr in der Nähe. Diese Sachen ha-

ben vom Anfange der Entstehung des den Streit veranlassenden Handels an nicht einmal die Betheiligten selbst, zu geschweigen dritte Personen viel interessirt. So fehlt es denn eben so an genauen, sorgfältigen Verabredungen, an der Beobachtung der genetischen Verhältnisse des Rechtsfalles, als eben darum auch am Beweise, und leicht entsteht über Gegenstände, die mit so weniger Aufmerksamkeit in ihrer Entstehung behandelt wurden, eine Verschiedenheit der Meinungen, und hiernächst offenbarer Streit, besonders unter Menschen von unfriedfertiger und streitsüchtiger Gemüthsart oder von kleinlicher Denkweise, deren Eigennutz es hier sehr bequem findet, im Trüben fischen zu können.

Da bei den Untergerichten nach ihrer eigenen Stellung zu den Parteien, deren Mehrzahl die unterste Volksklasse ausmacht, diese Bagatellsachen bei weitem die größte Zahl der Prozesse ausmachen; so darf es nicht befremden, wenn eine unangemessene Behandlung derselben eine Geschäftsüberhäufung zur Folge hat, die weder der zweckmäßigen Thätigkeit dieser Gerichte, noch dem wahren Interesse der Parteien zusagt. Mag man immer einwenden, daß eine geringfügige Rechtssache eben doch auch eine Rechtssache sey, und daß sie nicht weniger auf eine ordnungsmäßige Behandlung Anspruch mache, als eine wichtige. Ich leugne dieß ganz und gar nicht; Unrecht an einigen Groschen ist nicht weniger Unrecht, als wenn es Tausende betrifft. Allein wenn von einer ordnungsmäßigen Behandlung, die allerdings im Kleinen wie im Großen Statt finden muß, die Rede ist; so rechtfertigt sich damit keineswegs die Forderung, daß in dem Rechtsstreit über die bedungene Lieferung eines Fuders Heu die Merkmale des eigentlichen Rechtsverhältnisses mit eben der Sorgfalt aufge-

sucht werden sollen, als bei einer streitigen Lieferung mehrerer Orhoft Cyperwein. Eben so ist bei der Forderung an ordnungsmäßige Behandlung keineswegs die Betrachtung ausgeschlossen, daß Kleinigkeiten eben doch nur Kleinigkeiten sind, und daß die Vernunft sich dagegen auflehnt, diese mit der Wichtigkeit zu behandeln, wie das Große, gesetzt daß es ausser dem Verluste der Zeit, den nun wichtigere Geschäfte entgelten müssen, auf sonst nichts weiter ankäme *). Es treten aber noch andere Rücksichten ein, die nicht von der Klugheit allein, sondern selbst von der Gerechtigkeit geboten sind, die bei dem ersten Anblicke gefährdet erscheint, wenn man bei dem Rechtsverfahren auch auf die quantitative Beschaffenheit des Streitobjekts Rücksicht nimmt. Es handelt sich in einem Prozesse selten um die Thätigkeit der Streitenden und der Gerichtspersonen allein, von welch letztern man allenfalls sagen könnte, daß sie einmal dazu da seyen, um Streitigkeiten auszumachen; wiewohl billig zu beherzigen ist, daß auch die wichtigen Sachen, und diese doch, gerade ihrer Wichtigkeit und Folgen wegen, vornämlich die Besorgung der Gerichte in Anspruch nehmen, und daß aus der Maxime der gleichen Behandlung nothwendig schädliche Stockungen entstehen müßten, wollte man anders nicht die Gerichte in einer Art vermehren, daß sie eine Last des Staats würden, und nebenher die Betrachtung ganz bei Seite setzen, daß der Staatsbürger noch andere Beschäftigungen und Sorgen hat, als Prozesse zu führen. Doch diese anzusprechende höhere Spannung der Thätigkeit der Gerichte und Parteien ist es nicht allein; es handelt

*) vergl. meine Schrift: über die Grenzen des Richteramts in bürgerl. Rechtssachen. S. 55.

sich oft auch um das Interesse Dritter. Ich rede nicht von der schon berührten Vorstellung, daß diese dritte selbst als allenfallsige Rechtsuchende an der Summe der möglichen Thätigkeitsäusserungen der Gerichte Theil nehmen, und daß ihnen nothwendig dieses Theilnahmsrecht geschmälert werden muß, je mehr sich die Masse der Prätensionen daran häuft. Auch sage ich nichts von den mancherlei Pflichtcollisionen, welche für die in dem großen Reiche des menschlichen Vereins eben auch ihre Stelle einnehmenden Streiter daraus erwachsen, daß sie Prozessen nachlaufen und ihre Pflichten als Hausväter, als Gewerbtreibende, als Landbebauer u. s. w. darüber bei Seite setzen. Von diesem sage ich jetzt nichts; ich bleibe nur bei der Betrachtung, daß diese Dritte oft sogar unmittelbar, als Sachverständige oder Zeugen, hauptsächlich letztere, sie mögen wollen oder nicht, an dem Streite Theil zu nehmen genöthigt werden, und dieß kraft einer Bürgerpflicht, die für höhere Zwecke als die Befriedigung kleinlicher Leidenschaften der Streitenden begründet ist. Oder vermöchte man es mit Recht und Billigkeit zu vereinbaren, wenn friedliche Bürger sich mit Hintansetzung ihres Berufs als Werkzeuge und Mittel zur Befriedigung der Streitlust hergeben müssen, sobald es Einem oder dem Andern der Litiganten beliebt, die ohnehin geringen Reisediäten dran zu setzen, und so nach Laune und Willkühr einen Zeugenbeweis sich zu verschaffen, der zwei- und dreifach stärker ist, als es noth thut? Streiten vollends Parteien, wovon eine oder beide zum Armenrecht gelassen sind, so brauchen sie sich auch wegen jenes kleinen Aufwandes nicht zu geniren. Mit Widerwillen (ich habe dieses oft erfahren) erfüllen diese Zeugen die aufgedrungene Pflicht, zumal wenn darunter Personen von ängstlicher Gewissenhaftigkeit sind, denen es als wahrer Gewissenszwang er-

scheint, um einer Kleinigkeit willen einen Eid zu schwören, den sie vielleicht in eigener Sache eines viel importantern Gegenstandes willen abzuleisten Bedenken trugen. Auch davon liefert die Praxis Beispiele. —

Doch abgesehen von allen diesen, so handelt es sich hier nicht um Verkümmerung der ordnungsmäßigen Behandlung, sondern nur um zweckmäßige Abschneidung von Weitläufigkeiten, welche in den Augen der Betheiligten selbst als zwecklos erscheinen müssen und auch wirklich erscheinen, da denn doch in den meisten geringfügigen Händeln die Parteien selbst es sind, welche das Verhältniß zwischen Mittel und Zweck richtig abmessen, und so kurz als möglich davon zu kommen wünschen. Daß man überhaupt streitet, um nur zu streiten, gehört doch wohl zu den seltenern Ausnahmen, und so geschieht denn auch mit einem einfachen Verfahren nichts weiter, als was die Betheiligten in der Regel selbst wollen. Wenn die Partei einmal weiß, daß sie mit einem tüchtigen Zeugen in dem Rechte soweit kommt, als mit mehreren; so könnte sie nur eine geflissentliche Verzögerung veranlassen, durch eine unnöthige Häufung der Beweismittel den Ausgang der Sache aufzuhalten, welchem Unfug aber der Richter zu begegnen wissen muß, wenn ihm die Gesetze des Verfahrens nicht selbst die Hände binden. Daß überdieß ein vielfaches Manipuliren, ein langes Protokolliren und sorgfältiges Aufnehmen von Thatsachen, worein sich so viele irrelevante Umstände und Dicentereien mischen, noch bei weitem nicht das Wesen der Gründlichkeit ausmacht, bedarf wohl nicht erwähnt zu werden. Nicht daß man sich auf einen Standpunkt versetzt, wovon man alle vorhergehende, begleitende und nachfolgende Umstände einer Geschichte in ihren Einzelheiten übersieht, sondern daß man die rechten Umstände

steht, deren vielleicht nur wenige sind, neben welchen alle übrige nichts zur Entscheidung thun, — darin liegt überhaupt das Wesen der Gründlichkeit. Darum ist es auch oft weniger schwierig, eine ihrem Betrage nach wichtige Sache zu instruiren, oder alle auch nur wahrscheinlich Einfluß habende Umstände sorgfältig zusammenzusuchen (weil der Preis des Zwecks diesen Mittelaufwand zuläßt) und dann dem erkennenden Richter die Auswahl zu lassen, als in einer Bagatellsache, gleich mit Absonderung des Unwesentlichen bei der Aufnahme schon, einen sichtenden Blick geltend zu machen. Daher ist es auch sehr gefehlt, wenn man glaubt, die am wenigsten geübten oder erfahrnen Gerichtsmitglieder für die geringfügigen Sachen verwenden zu können. Gerade dazu gehören die tüchtigern, Männer von praktischer Taktfestigkeit, von Kenntniß des gewöhnlichen Treibens der Menschen, also von Erfahrung, Männer von Scharfsinn und gesundem juristischen Blicke. Auch wird ein solcher Mann gerade zehen dergleichen geringfügige Händel schlichten, während der Andere vielleicht noch an dem ersten knaupelt und nicht zu Ende kommt.

Soll aber ein dergleichen zweckmäßiges Verfahren Statt finden, so muß selbiges das Gesetz vorschreiben, damit es der Richter zur Anwendung bringen kann, ohne sich dem Vorwurfe der Eigenmacht auszusetzen. — Als Grundlagen eines für die geringfügigen Sachen anwendbaren Verfahrens nehme ich an,

I. daß mehr mündlich als schriftlich verhandelt, und

II. das Beweisverfahren vereinfacht wird.

Hier ist es, wo wiederum das mündliche Verfahren ersprießlich wirkt, das schriftliche dagegen, also auch das gewöhnliche protokollarische, dem Zwecke der Beschleu-

zigung nicht nur, sondern auch in seiner Art der sachgemäßen Gründlichkeit hinderlich ist, weil die Instruenten denn doch Mittel und Zweck erwägen, und im Widerwillen über eine überhaupt so wenig Ausbeute gewährende Arbeit vielleicht gerade das zur Sache Gehörige ausser Acht lassen. Mir scheint folgender Gang des Verfahrens der Sache angemessen zu seyn.

1) Zur Instruktion und zugleich zur Entscheidung bey geringfügigen Streitsachen, worunter diejenigen gehören, deren Gegenstand nur einen Werth von 25 fl. oder weniger hat, sollen bei jedem Gericht ein oder zwei Mitglieder ein für alle Mal angeordnet werden. Es sind dazu soviel möglich Männer zu wählen, welche vor Andern Proben ihrer Geschäftserfahrung und juristischen Beurtheilungskraft abgelegt haben.

2) Zu der Behandlung dieser Sachen sind nach Verhältniß des Gerichtsumfangs wöchentlich ein oder zwei Tage zu bestimmen.

3) Eine Klage kann schriftlich oder mündlich angebracht werden. Im letztern Falle meldet sich der Kläger an einem Gerichtstage bei dem Deputirten, und es wird über seine Klaganmeldung ein kurzes Protokoll aufgenommen, welches folgendes enthält:

a) den Namen, Stand und Wohnort des Klägers und des Beklagten;

b) eine summarische Angabe des Gegenstandes und Grundes der Klage;

c) den Klagantrag;

d) die Bemerkung des zur Instruktion der Sache bestimmten Gerichtstages, der, wo nicht die Umstände eine besondere Beschleunigung fordern, nicht unter 8,

aber auch nicht leicht über 14 Tage hinaus angesetzt werden soll;

e) die Vorladung des Klägers und des Beklagten mit den deßfallsigen Bedeutungen (nr. 4.);

f) die Unterschrift des Klägers.

4) Die Vorladung des Klägers und des Beklagten, welche (nach nr. 3. e.) einen Theil des Protokolls ausmacht, erfolgt unter dem geeigneten Rechtsnachtheile, und zwar der Klagentsagung und der Kostenerstattung bei dem Kläger, und des Zugeständnisses der, der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen und des Verlustes der Einreden bei dem Beklagten. Zugleich wird für beide Theile die Weisung beigefüget, die zur Begründung des gegenseitigen Vorbringens dienenden Urkunden bei Verlust dieses Beweismittels sofort mit zur Stelle zu bringen.

5) Zu dem Protokoll über die Klaganmeldung ist sich folgenden Formulars zu bedienen, welches zu drukken oder zu lithographiren ist.

Klaganmeldungs-Protokoll.

In Gegenwart:

. . . . . .

Geschehen . . am . . . 182 . .

Von . . . . . .

wird wider . . . . . .

eine Klage angemeldet in Betreff . . . . .

. . . . . .

Zur Begründung derselben wird angeführt . . . .

. . . . . .

Hieher gehört auch das beigelegte Anführen, daß das Vermittelungsamt die gütliche Beilegung vergeblich versucht habe u. s. w.

Der Kläger macht den Antrag: nach instruirter Sache zu erkennen, daß . . . . . .

. . . . . .

Es wurde sofort Termin zur Verhandlung der Sache auf den . . . anberaumt, und der Kläger bedeutet, sich in denselben bei Vermeidung des Rechtsnachtheils, daß die Klage als entsagt angenommen und er in die Kosten verurtheilt werden würde, gehörig einzufinden. Ferner soll Abschrift dieses Protokolls gefertigt und unter deren Mittheilung an den Beklagten derselbe somit auf den anberaumten Termin vorgeladen werden mit der Warnung, daß er im Falle des ungehorsamen Ausbleibens der in der Klage vorgetragenen Thatsache für geständig und seiner Einreden verlustig werde erachtet werden. — Übrigens sollen beide Theile die zur Begründung ihres Vorbringens dienenden Urkunden und schriftlichen Nachrichten sofort mit zur Stelle bringen, oder gewärtig seyn, daß darauf keine Rücksicht genommen werde ꝛc.

6) Die Abschrift dieses Protokolls ist dem Beklagten durch den Gerichtsboten gegen Empfangsschein unverzüglich zuzustellen.

7) Wenn der Beklagte etwa sogleich bei der Klaganmeldung mit dem Kläger freiwillig erscheint, so bedarf es keines Anmeldprotokolls. Es wird vielmehr, wenn es ein Gerichtstag ist, und die Menge der früher schon bestellten Parteien nicht etwa ein Hinderniß macht, sogleich mit der Instruktion der Sache (nr. 10.) verfahren. Ausserdem wird über das Erscheinen bloß eine kurze Registratur aufgenommen, und die Parteien werden auf einen andern Gerichtstag bestellt.

8) Wird eine dergleichen Klage schriftlich angemeldet, so erfolgt darauf der nämliche Beschluß, wie bei der mündlich angemeldeten (nr. 4. 5.); es wird hievon dem Kläger und dem Beklagten eine Abschrift, und dem

letztern zugleich von der doppelt einzureichenden Klagschrift das Duplikat zugefertigt.

9) Erscheint in dem Instruktionstermine der Kläger, oder der Beklagte nicht, oder bleiben beide Theile aus, ohne eine Prorogation ordnungsmäßig erwirkt zu haben; so wird hierüber ein Protokoll abgehalten, und im letztern Falle mit Zurücklegung der Akten, im erstern und zweiten aber, auf den Antrag des gehorsamen Theils, dem in der Vorladung ausgedrückten Präjudize gemäß verfahren.

Dem gehorsamen Beklagten steht übrigens im Falle des Ausbleibens des Klägers frei, darauf anzutragen, daß dieser zur Fortsetzung der Sache mit ihm auf einen andern Gerichtstag bei Vermeidung eines ewigen Stillschweigens vorgeladen werde.

10) Erscheinen beide Theile, so wird nun die Sache instruirt. Das Wesen dieser Instruktion besteht in einem durch den Richter geleiteten, und durch angemessene Fragen dem Zwecke der Erörterung des Sachverhältnisses angepaßten, beiderseitigen mündlichen Vorbringen. Der Kläger trägt in Gegenwart des Beklagten seine Klage umständlich vor; eben so der Beklagte seine Antwort. Es folgen sich hierauf im wechselnden Gespräche Reden und Gegenreden, so lange noch ein Theil etwas anzubringen hat, oder der Richter Stoff zur nähern Ausmittelung der Sache durch Fragen findet. Von dieser Verhandlung wird noch nichts förmlich niedergeschrieben. Sobald sich die Parteien genug ausgesprochen haben, so trägt ihnen der Instruent den Sach- und Controversstand, wie er sich denselben aus der bisherigen Verhandlung abstrahirt hat, mündlich vor, versucht die Streitenden in der Sache selbst zu vergle-

Der Kläger macht den Antrag: nach instruirter Sache, zu erkennen, daß . . . . . .

. . . . . .

Es wurde sofort Termin zur [illegible] auf den . . . anberaumt, und [illegible] in denselben bei Vermeidung des [illegible] Klage als entsagt angenommen [illegible] theilt werden würde, gehörig ein[illegible] dieses Protokolls gefertigt und [illegible] den Beklagten derselbe sonach [illegible] vorgeladen werden mit der [illegible] ungehorsamen Ausbleibens [illegible] Thatsache für geständig [illegible] erachtet werden. — [illegible] grundung ihres Vorb[illegible] lichen Nachrichten s[illegible] lig seyn, daß dar[illegible]

[illegible]

6) Die P[illegible]ten über wesentliche [illegible]ten durch d[illegible]glich zur Regulirung des [illegible] verzüglich [illegible]gabe der Beweismittel ge-

[illegible]

[illegible] der Parteien darüber: was beweisen [illegible] wer beweisen sölle? nicht zu vereinigen [illegible] [illegible]ndet der Incident. Es steht aber den [illegible] [illegible] dessen Beschluß auf die Entscheidungsgründe des streitigen Gerichts sich zu beziehen. Sie müssen [illegible] auf der Stelle erklären, und es hat hierauf [illegible] den Fall um nochmalige Erörterungen zu ersuchen [illegible] [illegible] das Beweisen. Sollte das Gericht nur [illegible] [illegible] Gerichtsdeputirten auf 3 Mitgliedern [illegible] [illegible] [illegible]

…unden, worauf sich zum Beweise berufen
…n Instruktionstermine mit vorgelegt
…mt der Instruent nur den Ter…
…a nothwendigen Augenscheins,
…verständigen und Zeugen
…orladung, wo nicht nach
…be Vorladung, oder
…unterworfen sind,
…orderlich ist.

…ie Aussage ei…
…eugen, wenn jener
…n besitzt und dieser ein…
…ewiesen. Es sollen daher
…jelben Umstand nicht mehrere ab…
…hiernach zum Beweise nöthig ist.

…e Sachverständigen und Zeugen werden nie…
…eidet, sondern nur auf Handgelöbniß vernommen.

17) Es soll in dergleichen Sachen überhaupt kein Eid geschworen werden. Wo der Fall eines zugeschobenen oder vom Richter auferlegten Haupteides eintritt, ist anstatt der wirklichen Eidesleistung nur eine feierliche Versicherung an Eidesstatt in die Hände des Richters zulässig, welche, wenn zuvor der Versichernde über die mit einem wirklichen Eide gleiche Verpflichtung wirkende dergleichen Versicherung und über die Strafen der Übertretung belehrt worden, dahin abzuleisten ist:

Ich N. versichere und betheuere an Eidesstatt, mithin eben so als wenn ich einen körperlichen Eid geschworen hätte, daß ꝛc. Wenn, was ich spreche, falsch befunden wird, so unterwerfe ich mich den mir bekannt gemachten Strafen einer gebrochenen Versicherung an Eidesstatt.

chen, und wenn dieser Versuch fehlschlägt, wenigstens rücksichtlich der streitigen Punkte eine Vereinigung zu erzielen. Jetzt erst wird das Resultat der Verhandlung zum Protokolle niedergeschrieben, es sey nun, wenn die Vermittelung in der Hauptsache geglückt hat, der Vergleich, oder das entwickelte Faktum. Hier wird nämlich in einer natürlichen Ordnung die Species facti nach dem übereinstimmenden Anerkenntnisse der Betheiligten vollständig und bündig, mit gelegenheitlicher Bemerkung der abweichenden Behauptungen, wie es der Zusammenhang fordert, und schlüßlich das gegenseitige Begehren und Zugeständniß zum Protokolle aufgenommen.

11) Ist keine Thatsache von Erheblichkeit streitig, so wird das Verfahren für geschlossen und spruchreif erklärt.

12) Sind dagegen die Parteien über wesentliche Punkte uneins, so wird unverzüglich zur Regulirung des Beweissatzes und zur Angabe der Beweismittel geschritten.

13) Sollten die Parteien darüber: was bewiesen werden? — und wer beweisen solle? nicht zu vereinigen seyn; so entscheidet der Instruent. Es steht aber den Parteien frei, gegen dessen Beschluß auf die Entscheidung des ganzen Gerichts sich zu berufen. Sie müssen sich hierüber auf der Stelle erklären, und es hat hiernächst bei der am nächsten Gerichtstage zu publizirenden Entscheidung das Bewenden. Sollte das Gericht nur mit Inbegriff des Gerichtsdeputirten aus 3 Mitgliedern bestehen, so giebt bei entstehender Meinungsverschiedenheit unter den noch übrigen beiden Gerichtsmitgliedern die Stimme desjenigen den Ausschlag, welcher sich für die Meinung des Deputirten ausspricht.

14) Die

14) Da die Urkunden, worauf sich zum Beweise berufen werden will, schon im Instruktionstermine mit vorgelegt werden müssen, so beraumt der Instruent nur den Termin zur Einnahme des etwa nothwendigen Augenscheins, oder zur Vernehmung der Sachverständigen und Zeugen an, und verfügt deren mündliche Vorladung, wo nicht nach dem Stande der Zeugen eine schriftliche Vorladung, oder weil sie einem fremden Gerichtszwange unterworfen sind, eine Requisition um Stellung derselben erforderlich ist.

15) In geringfügigen Sachen soll die Aussage eines einzigen Sachverständigen oder Zeugen, wenn jener sonst die nöthigen Eigenschaften besitzt und dieser einwandsfrei ist, vollständig beweisen. Es sollen daher auch über einen und denselben Umstand nicht mehrere abgehört werden, als hiernach zum Beweise nöthig ist.

16) Die Sachverständigen und Zeugen werden niemals vereidet, sondern nur auf Handgelöbniß vernommen.

17) Es soll in dergleichen Sachen überhaupt kein Eid geschworen werden. Wo der Fall eines zugeschobenen oder vom Richter auferlegten Haupteides eintritt, ist anstatt der wirklichen Eidesleistung nur eine feierliche Versicherung an Eidesstatt in die Hände des Richters zulässig, welche, wenn zuvor der Versichernde über die mit einem wirklichen Eide gleiche Verpflichtung wirkende dergleichen Versicherung und über die Strafen der Übertretung belehrt worden, dahin abzuleisten ist:

Ich N. versichere und betheuere an Eidesstatt, mithin eben so als wenn ich einen körperlichen Eid geschworen hätte, daß ꝛc. Wenn, was ich spreche, falsch befunden wird, so unterwerfe ich mich den mir bekannt gemachten Strafen einer gebrochenen Versicherung an Eidesstatt.

18) Sobald die Verhandlung zum Definitiverkenntnisse reif ist, treten die Parteien und deren Anwälte ab; der Instruent diktirt den Bescheid mit den kurzgefaßten Gründen zum Protokoll, und eröffnet selbigen den Parteien auf der Stelle. Nur bei ausserordentlicher Verhinderung kann ausnahmsweise die Fällung des Bescheids bis zum nächsten Gerichtstage verschoben werden. Entfernt wohnende Parteien müssen aber vor den am Orte des Gerichts und in der Nähe desselben wohnenden, soviel nur immer thunlich ist, zuerst abgefertigt werden, mithin ein nothwendiger Aufschub nicht jene, sondern diese treffen.

19) Über die Instruktion und Entscheidung erstattet hiernächst der Deputirte dem Gerichtscollegium mündlichen Bericht.

20) Gegen das Erkenntniß findet die Appellation an den Oberrichter Statt. Sie muß aber bei Strafe der Desertion binnen zehen Tagen mündlich zum Protokoll oder schriftlich angemeldet und zugleich aus den bisherigen Verhandlungen kürzlich gerechtfertigt werden. Von dieser Appellationseinwendung erhält der Gegentheil Nachricht durch Abschrift, indem ein weiteres Verfahren nicht zulässig ist, und die Akten werden sofort an das Obergericht eingesendet, dessen Ausspruch unmittelbar nach der Verkündigung rechtskräftig wird.

Zur Motivirung der vorgeschlagenen Bestimmungen finde ich nach dem bereits Vorausgeschickten nur noch folgendes zu bemerken:

Auf 2. Die bei dem Gerichtsdeputirten als Einzelrichter vorausgesetzten Eigenschaften machen in diesen

Sachen, — wo überdieß bei dem wesentlichen Beschluß auf 13. die Provokation an das ganze Gericht, und gegen die Definitiventscheidung die Appellation Statt finden soll, — die Entscheidung auf collegiale Berathung entbehrlich, die eben ein Hinderniß der Beschleunigung seyn würde. Durch die Berichtserstattung (nr. 19.) erlangt indessen das Collegium die nöthige Kenntniß von der in seinem Namen erfolgten Instruktion und Entscheidung. Hat man noch bis auf den heutigen Tag selbst in wichtigen Sachen einzelnen Richtern die Entscheidung anvertraut, so kann man dieß auch wohl, selbst bei Einführung einer neuen Ordnung der Dinge, in geringfügigen Sachen als Ausnahme von der Regel zulassen. Das Verfahren vor den Friedensrichtern nach der französischen Gerichtsverfassung dient übrigens statt jeder weitern Rechtfertigung.

Auf 3. Ohne dergleichen schriftliche Aufnahme und Mittheilung würde der Beklagte oft ganz unvorbereitet erscheinen müssen, auch die Realisirung des anzudrohenden Präjudizes nicht wohl anwendbar seyn. Da übrigens das Meiste bei diesem Protokollir- und Citationswesen nach einem gedruckten Formulare geschieht, so ist der Zeit- und Müheaufwand sehr unbedeutend.

Auf 4. Hier hat das Präjudiz der affirmativen Litiscontestation wohl kein Bedenken, wenn es auch in wichtigern Sachen dergleichen haben sollte. Von dem in dergleichen Sachen sonst wohl auch üblichen bedingten Zahlungsbefehle habe ich Umgang genommen, weil er im Ganzen zur Beförderung der Sache nichts beiträgt, auch wesentlich in der Vorladung mit enthalten ist. Will der Beklagte ohne weiters Parition leisten, so steht ihm ausser der stillschweigenden Erklärung durch das Nichterscheinen auch eine ausdrückliche frei.

Auf 10. Nicht das einseitige Reden und Sagen der Streitenden, das oft schon während der Verhandlung sich als unerheblich und überflüssig darstellt, sondern was als unstreitig oder streitig aus dem gegenseitigen Vorbringen resultirt, das ists, was zur Entscheidung dient, und was bei dieser, von dem mündlichen Verfahren entlehnten Methode auf einem ohne Vergleichung kürzern Weg erzielt wird, als mit dem Schreiben langweiliger Protokolle, wobei noch dazu oft gerade das Wichtige übersehen wird, eben weil mehr geschrieben, als eigentlich gehandelt wird.

Auf 17. Die Verminderung der Eide ist ein gröſser Schritt zur Verbesserung der Rechtspflege. Es ist daher eine Forderung der Gesetzgebungspolitik, nicht der Moralisten allein, wenigstens durch Abstrahirung von diesem Nothmittel bei Kleinigkeiten dazu beizutragen, daß es seltener in Gebrauch komme, und dadurch einigen Werthszuwachs erhalte.

Auf 20. Die vorgeschlagenen Modifikationen der Appellation werden auch hier gegen jede dem Grundsatze des Verfahrens zuwider laufende Verzögerung die Gewährschaft leisten.

Schon im Eingange dieses Aufsatzes ist auf die Unverhältnißmäßigkeit zwischen Mitteln und Zweck hingedeutet worden, die sich oft rücksichtlich der Prozeßkosten hervorthut, und ich erlaube mir schließlich hierüber nur noch ein paar Worte zu bemerken. Daß man die Justiz nicht umsonst haben kann, ist eine Unvollkommenheit; daß sie aber in Bagatellsachen durch die Umstände so theuer zu stehen kommen kann, daß, wie es Beispiele giebt, die Kosten den Streitgegenstand übersteigen, das

ist ein Übel, welches Abhülfe fordert und leicht finden kann. Das Wie gehört nun zwar nicht hieher, sondern zur Materie von Prozeßkosten und von Sachwaltern. Ich kann indessen gelegenheitlich nicht unbemerkt lassen, daß ich dort namentlich die Festsetzung wünsche: es solle eine Partei, die sich ohne Noth der Hülfe eines vom Gerichtssitze entfernten Anwalts in einer geringfügigen Sache bedient, die dadurch verursachten Reisekosten dem Gegentheil in keinem Falle aufrechnen dürfen. — Daß der sachfällige Theil nicht immer aus Mangel an Recht unterliegt, sondern öfters auch aus Mangel einer geschickten Vertheidigung oder sonst aus Ungunst der Umstände, die den Sieg nicht gerade immer der guten Sache zuwenden, ist bekannt. Bei dem Verfahren in geringfügigen Sachen ist noch mehr zu besorgen, daß materielles Unrecht in formelles Recht sich verwandle, als im ordentlichen Rechtsgange; und wenn gleich diese Besorgniß höhern Zwecken weichen muß, so schließt sie doch Rücksichten nicht aus, welche die Folgen soviel als möglich unschädlich machen oder doch mildern. Es kann einer weisen Gesetzgebung und wohlwollenden Regierung gewiß nicht gleichgültig seyn, daß ein unbemittelter Mann, wenn er es wagt, mit seinem wohlhabenden, oder wenigstens in der Wahl der Mittel für seinen Zweck weniger ängstlichen Gegner um das Recht in die Schranken zu treten, dieß nur auf die Gefahr hin thun kann, nicht allein den Prozeß zu verspielen, — was leicht das geringere Übel seyn kann; — sondern nebenher noch für Diäten und Reisekosten des gegentheiligen Sachwalters, die man für unvermeidliche baare Auslagen annimmt, einen Aufwand machen zu müssen, der seinen und der Seinigen Unterhalt vielleicht auf einige Wochen verschlingt. Denn ist sein Gegner in der Wahl seines Rechtsanwalts nicht beschränkt, so kann der

selbe im Vertrauen auf größere Geschicklichkeit, vielleicht sogar aus Bosheit auch einen Advokaten von der Ferne kommen lassen. Es liegt überhaupt schon eine gewisse Härte darin, daß die unterliegende Partei das ihr zum Verderben gereichende Mittel, nämlich die Beistandsleistung, die sich ihr Gegentheil willkührlich verschafft, während es ihr vielleicht an Kräften fehlt, ein Gleiches zu thun, noch selbst bezahlen muß, und ich habe mehr als einmal erfahren, daß sich das Gefühl des schlichten Menschen, während es über den Verlust der Sache selbst nur trauerte, gegen diese unnatürliche Verbindlichkeit heftig empörte; denn daraus erkannte der Mann, und das eben nicht so ganz mit Unrecht, nicht ein Gesetz der Nothwendigkeit, er erkannte nur eine von seinem Feinde ihm nach Willkühr verursachte Verschlimmerung seiner Lage.

XI.

Einige Betrachtungen über das richterliche Vermittelungsamt, und wo und wie es zweckmäßig anzuwenden ist.

Über die Zweckmäßigkeit der Fürsorge unserer Gesetzgebungen und Regierungen für die nach Möglichkeit zu bewirkende gütliche Beilegung der Privatstreitigkeiten, über die Frage, ob diese gütliche Beilegung besser unter der Leitung der Gerichte oder aber anderer dazu bestellter Behörden erfolge, und über die nothwendigen Modifikationen und Grenzen jener Fürsorge mich hier weitläufig zu verbreiten, ist nicht meine Absicht. Man kann hierüber wohl nichts treffenderes lesen, als was ein Veteran in der Justizgeschäftspflege, gestellt zugleich auf

einen der Betrachtung aller Verhältnisse günstigen hohen Standpunkt, über diesen Gegenstand gesagt hat *). Ich will daher dem, was ich für den eigentlichen Zweck dieser Abhandlung zu sagen habe, nur einige Betrachtungen gegen die Vorstellung von der unbedingten Vorzüglichkeit der Erledigung der Prozesse durch Vergleich vor der durch richterliches Erkenntniß einleitungsweise vorausschicken.

Vergleiche stiften ist bei weitem nicht das höchste Verdienst, welches sich der Richter um die Parteien, die Prozeßgesetzgebung um die Rechtsuchenden erwerben kann. Leicht und wohlfeil den Rechtsschutz finden zu können ist unstreitig mehr werth, und dem Zwecke der Vereinigung im Staate angemessener, als das Mittel der gütlichen Beilegung der Streitigkeiten unter den Staatsbürgern, welches in Betrachtung des Zwecks, wofür eigentlich die Gerichte da sind, gegenüber den Streitenden, welche dasselbe der Entscheidung vorzuziehen veranlaßt sind, eben nicht selten, ich möchte sagen, als eine Art von Selbsthülfe erscheint, womit man sich der bittern Nothwendigkeit des Weges Rechtens zu überheben sucht. Auch ist ein magerer Vergleich, wie man zu sagen pflegt, im Gegensatze von einem fetten Prozesse gerade kein Compliment, das man unserer Justizverfassung macht. Gar viele Vergleiche haben ihren Grund in dem mangelnden Vertrauen auf eine zweckmäßige Rechtshülfe, und diesen Mangel an Vertrauen befördern, sonderbar genug, unsere Gerichte als Vergleichsstif-

*) v. d. Becke über Verminderung und Abkürzung der Prozesse durch Vergleich. Ein Beitrag zur Verbesserung der Justizverfassung. München 1819. 8.

ter selbst, indem sie die Parteien an den ungewissen Ausgang eines Prozesses, wie an ein launenvolles Fatum und Gott weiß an was sonst noch erinnern. So findet es sich denn wohl, daß eine Partei, um nur davon und aus der Ungewißheit zu kommen, ihrem hartnäckigen Gegner und trägen Richter von ihrem wohlerworbenen Recht ein Opfer bringt. So haben sehr viele Vergleichsversuche, welche die Richter aus vorgeblicher Pflicht unternehmen, viele welche ihnen auch wohl als Verdienst angerechnet werden, ihr Hauptmotiv in der Bequemlichkeit eben dieser Richter, in der Scheu vor einer mühsamen Instruktion und beschwerlichen Ausarbeitung eines Urtheils, welcher persönlichen Convenienz schon so manche schwache und friedliebende Partei Aufopferungen an ihren wohlerworbenen Rechten hat machen müssen. Denn freilich ist es immer bequemer, einen Prozeß durch Unterhandeln sich vom Halse zu schaffen, als ihn zu bearbeiten. Es ist daher ganz und gar nicht praktisch und nichts weniger als in der Erfahrung gegründet, wenn als Erfahrungssatz behauptet wird, daß das Vermittelungsamt in die Hände der Gerichte, bloß darum gleichsam, nicht gut gelegt werde, weil es natürlich sey, daß in dem Richter das Gefühl seiner eigentlichen Bestimmung vorherrsche, welche nicht darin liegt, die Prozesse durch gütlichen Vertrag der Parteien zu schlichten, sondern durch den Spruch zu entscheiden. Der Richter werde deßwegen die Vergleichsverhandlungen immer nur als eine Einleitung oder Vorbereitung zu seinem Hauptgeschäfte ansehen, und wenn er in ihnen Schwierigkeiten finde, um so eher zu dem letztern (also zur Instruktion und Entscheidung) übergehen. Komme noch dazu, daß der Richter indolent oder mit Geschäften überhäuft sey, so ziehe er den kürzesten Weg vor,

und das sey immer der der Entscheidung (?) *). So spricht gewiß kein praktischer Jurist, und wer das eigentliche Wesen und Treiben der Gerichtshöfe in einem großen Theile von Deutschland kennt.

Dem sey indessen, wie ihm wolle, so giebt es in der That noch andere Mittel, den Nachtheilen langwieriger und kostspieliger Prozesse vorzubeugen, als den Vergleich; auch sind Friedfertigkeit und Nachgiebigkeit eben gerade nicht diejenigen Eigenschaften, die unter allen Bedingungen dem Volkscharakter nützlich eingeprägt werden. Mit Recht sagt Möser **) "was die Prozesse betrifft, so ist es eine edle Leidenschaft des Menschen, daß er für dasjenige, was ihm seiner Meinung nach zukommt, Gut und Blut aufsetzet, und sich gegen alles, was ihn seiner Meinung nach unterdrücken will, aus allen Kräften wehret. Diese Leidenschaft muß nicht unterdrückt, sondern aufgemuntert werden, besonders bei Geringern, deren Menge den Staat unterhält und die gar bald zu Grunde gehen würden, wenn sie sich heute ein Stück und morgen ein anderes, ohne darüber zu klagen nehmen ließen ***)."

Die Sache hat aber noch eine andere sehr zu berücksichtigende Seite. Nicht allein, daß dieses beinahe ängstliche Treiben zum Vergleiche eine Art von Furcht vor dem Prozeßführen, ja überhaupt vor allem Streit, gleichwie vor dem Ursprunge alles Bösen unter den Menschen erzeugt; nicht allein, daß es den Glauben an

*) J. G. Pahl politische Lektionen ꝛc. (München 1820.) S. 246.

**) patr. Phantas. IV. nr. 30.

***) Vergl. auch Mittermaier der gemeine deutsche bürgerl. Prozeß in Vergleichung ꝛc. I. S. 1. ff.

das Recht erschüttert; es bedroht dieses sogar an seinem Daseyn selbst. Ein Vergleich erhält immer die Ungewißheit darüber, was im gegebenen Falle den Gesetzen gemäß ist, befördert also die Rechtsunwissenheit. So muß denn auch die Erhaltung der lebendigen Idee von dem Recht und das Interesse dafür in dem Grade im Volke sich verlieren, als der rechtlichen Entscheidungen weniger werden. Daraus muß endlich nothwendig eine Schwäche in Behauptung wohlerworbener oder, was hier gleichviel ist, auch nur eingebildeter Rechte entstehen, und dem Charakter allmählig eine gewisse Weichherzigkeit eingeflößt werden, die in anderer Beziehung schädlicher wirkt als jene Streitlust, der man entgegen zu wirken sucht. Ich darf übrigens kaum erinnern, daß Vergleiche den Streit nicht immer so beilegen, daß jeder Theil von seinem ungewissen Rechtsanspruch etwas nachläßt. Ich rede nicht von dem Vergleich über ein liquidum, dessen Verwerflichkeit ohnehin rechtlich feststeht, wohin aber auch jede Aufopferung des einen bloß zum besten des andern Theils, der nichts dagegen bringt, gehört, wie z. B. bei klaren Schuldforderungen, wenn auch der zugemuthete Erlaß nur Nebenansprüche: Zinsen, Zahlungszeit, verursachte Kosten betrifft. Ich rede jetzt nicht davon; es giebt noch andere Fälle dieser Art. Soll z. B. ein Haupteid geschworen werden, und man sucht dieses bedenkliche Beweismittel (was im übrigen gar gut und löblich ist) durch einen Vergleich entbehrlich zu machen; so ist gerade hier einer von den Fällen, wo einer von den beiden Streitenden ungebührlich gewinnt, es sey nun der, welcher nicht schwören kann, oder derjenige, der es wider seine bessere Überzeugung erst noch auf seines Gegners Eid ankommen läßt. Derjenige, welcher durch den Vergleich gewinnt, wird künftig keine Scheu tragen, es auf Prozesse an-

kommen zu lassen, wenn es auch nur mit einigem Scheine Rechtens geschehen kann; und wenn er es nur bis zu einer Eidesdelation oder Relation bringt, so darf er immer darauf rechnen, nicht umsonst gestritten zu haben. Ich will hierbei nicht erinnern, wie mancher zahlungsflüchtige Schuldner gerade in der Aussicht, seinem gutmüthigen Gläubiger im Wege des Vergleichs ein Opfer abzupressen, eine Versuchung gefunden haben mag, es auf die Klage desselben ankommen zu lassen. Und wenn nun vollends sogar die Gerichte bei dem Vergleichstiften, wie es eben leider nicht selten geschieht, etwas tumultuarisch zu Werke gehen, daß man oft wünschen möchte, sie wären von dem Geschäfte des Sühneversuchs ganz und gar ausgeschlossen, — dann wehe der schwachen, verlassenen Partei, die vielleicht selbst des Schutzes eines Rechtsbeistandes entbehrt! Zu schwach, nur ihrem Gegner zu widerstehen, soll sie sich nun auch gegen die Zudringlichkeiten eines instruirenden Richters halten, welcher, ohne gerade ein böser Mann zu seyn oder Böses zu wollen, aus einem unzeitigen Billigkeits- oder Mitleidsgefühle, das bei ihm an die Stelle der lebendigen Idee vom Rechte getreten ist, oder aus Eifer für eine mißverstandene Amtspflicht oder auch (was freilich gemeinhin auch als mit dem Begriffe vom guten Manne vereinbarlich angenommen wird) aus Scheu vor der Mühe, den Prozeß instruiren zu müssen, sich einmal vorgenommen hat, einen Vergleich zu stiften. Die Materie ist zu praktisch, die Sache zu wichtig, als daß ich nicht noch ein paar Augenblicke der nähern Betrachtung widmen sollte.

Es ist eine große, freilich auch mitunter schwer zu beseitigende Unvollkommenheit in der Stellung der Oberbehörden zu den untern, daß jenen in ihrer Ferne, die

Dinge oft ganz anders erscheinen, als sie sind. Erhielten jene Obern, wenn sie die Verdienstlichkeit der Untergerichte in der Rechtspflege nach der Zahl der durch Vergleich beendigten Prozesse würdigen, eine zuverlässigere Kenntniß von dem eigentlichen Gange der Geschäftsverwaltung und von dem Treiben der untern Stellen bei der Justizverwaltung, als diejenige Kenntniß ist, welche sie aus bloßen Tabellen schöpfen, sähen sie unmittelbar mit eignen Augen, oder nähmen sie nur von den Akten Einsicht, gewiß sie würden oft ganz anders über jene gerühmte zweckmäßige Verwendung zu urtheilen sich veranlaßt finden. Ich gebe zu, daß in den meisten Fällen die Akten wenig Materialien zur zweckmäßigen Beurtheilung der eigentlichen Thätigkeit des Instruenten und seiner Einschreitungen für die Bewirkung eines Vergleichs darbieten. Allein schon der Standpunkt des Prozesses, wo der Vergleich zu Stande gekommen ist, (und darüber enthalten eben leider unsere Tabellen nichts und die Akten über den verglichenen Prozeß werden reponirt und so, aller Einsicht entrückt, dem Staube der Vergessenheit überliefert!), dieser Moment läßt oft mit ziemlicher Zuversicht auf die Zweckmäßigkeit der Modifikationen des Sühneversuchs schließen. Haben die Parteien im mündlichen Verfahren schon vor dem Ende des Verfahrens bis zur Duplik, vielleicht gar schon vor der Aufnahme der Antwort auf die Klage auf amtliche Vermittelung sich verglichen; so kann man dieses in der Regel wenigstens als einen bedenklichen Umstand annehmen. Daß die Parteien nicht gekommen sind, um sich zu vergleichen, sondern zum Zwecke der Instruktion der Sache, darf man annehmen; das Gegentheil ist wenigstens nicht wahrscheinlich. Wie sollte nun der Instruent, der doch selbst in dieser Lage des Prozesses noch ziemlich Neuling in den gegenseitigen Rechtsbehelfen ist, mit

Gründen aus der Sache das Wunder zu wirken vermögen, daß die Parteien plötzlich anderes Sinnes werden und die Hände zum Frieden bieten? — Hat er aber (und das ist eben leider nur zu oft der Fall, und das macht jenes Vergleichen besonders nach kaum begonnenem Rechtsstreite so zweideutig und räthselhaft!) hat er, während er von der Sache nicht viel mehr weiß, als was das Petitum ausdrückt, das Geschäft gleich damit begonnen, daß er den Parteien, ohne sie vielleicht kaum noch zu hören, mit Vergleichszumuthungen entgegenkam; hat er, wozu ihm wie gedacht in diesem Momente des Prozesses auch der Stoff fehlte, weniger darauf hingewirkt, die Streitenden durch sachdienliche Vorstellungen zum ruhigen Abwägen der Verhältnisse zwischen Mitteln und Zweck zu veranlassen, und ihre Erbitterung und Leidenschaftlichkeit zu mäßigen, als vielmehr nur seine Autorität oder wohl gar nur seinen Willen geltend zu machen gesucht; hat er von ihrer Gutmüthigkeit und ihrem Wohlwollen indiskret Gebrauch gemacht, ihnen durch Erregung von Mißtrauen in die Gerechtigkeit ihrer Sache und durch die seiner unwürdigen Künste eines zudringlichen Mäklers so lange zugesetzt, bis sie mehr überredet als überzeugt, endlich nachgaben: so mag dieß zwar, besonders bei der den Gerichten zur Seite stehenden Vermuthung der Legalität, gegen den Vorwurf des Zwangs oder der listigen Überredung wohl zu vertheidigen seyn, schwerlich aber gegen die Behauptung, daß die Parteien, wenn man ihnen hinlängliche Zeit zur ruhigen Überlegung und Gedanken-Sammlung gelassen hätte, sich so, wie geschehen, verglichen hätten. Inzwischen — sie sind einmal verglichen, und Trotz sey dem geboten, der diesen Vergleich umstoßen will!

Ich habe oben bemerkt, daß die Tabellen den Inspektionsbehörden nur eine unvollkommene Kenntniß von

dieser Art der Geschäftspflege *) geben. Indessen ganz irrelevant sind sie doch nicht, sofern als sie wenigstens die Zahl der verglichenen Prozesse angeben, und man hieraus schon auf die Art der Thätigkeit der Gerichte im allgemeinen schließen kann. Nur gehe ich hier von einem andern Grundsatze aus, als wovon man gewöhnlich ausgeht. Ich sage nicht: je mehr verglichene Prozesse, desto besser die Justiz, sondern: je mehr entschiedene Prozesse desto besser; je weniger entschiedene, je mehr verglichene, desto schlechter. Die Erfahrung zeigt uns hier ein gewisses Verhältniß, welches, wie ich glaube, natürlich ist. Es werden unter einer ordentlichen Rechtsverwaltung (wenigstens was die wichtigern Sachen anlangt, und abgesehen von Kleinigkeiten, die freilich bei den Untergerichten die Mehrzahl ausmachen) ungleich mehr Prozesse durch richterliche Entscheidung abgethan als durch Vergleiche. So finde ich (im neuen Archive der preußischen Gesetzgebung. I. Bd. S. 55. II. S. 115. 365.) daß in den 3 Jahren 1798—1800 bei sämmtlichen 25 preußischen Landesjustizcollegien, (bekanntlich nicht bloß entscheidende, sondern auch instruirende Gerichte, wo also auch die bestimmten Vorschriften der preußischen Prozeßordnung wegen möglichster Vergleichsstiftung volle Anwendung fanden) das Verhältniß folgendes war, und es ist kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß bei einer Zusammenstellung noch mehrerer Jahre das Resultat anders seyn möchte.

*) Ich setze hinzu: wir leider von so manchen andern auch, ohne daß ich darum für einen Gegner des Tabellenwesens im allgemeinen gelten möchte; ich behaupte nur, man solle sich nicht auf die Tabellen allein verlassen, überhaupt nicht auf jenen "Dienst vor Augen," der so manchen innern Schaden bedeckt!

Zahl der beendigten Prozesse

Im Jahre,	durch Entsagung,	durch Vergleich,	durch Erkenntniß,	sämmtlicher.
1798.	3945.	5551.	17,455.	26,951.
1799.	4627.	6729.	19,088.	30,444.
1800.	4510.	6364.	20,460.	31,334.

Also verhält sich die Zahl der Vergleiche zu den Erkenntnissen wie 1 zu 3 und verglichene und entsagte Prozesse zusammen machen beiläufig die Hälfte der durch Urtheil beendigten aus. — Es scheint mir auch dieses das richtige Verhältniß zu seyn, wenn anders die, wie ich glaube, von der Vernunft diktirten Forderungen an das Vermittelungsamt, oder die Regeln wo und wie dasselbe eintreten soll, die ich sogleich darzulegen versuchen will, beobachtet werden. Bei den Untergerichten kann man freilich diesen Maßstab nicht annehmen, wenn man nicht die Bagatellsachen aus der Rechnung läßt. Aber abstrahirt von den entsagten Prozessen, (die eigentlich nichts relevtren, weil eine Klage, die der Kläger fallen läßt, mit einer verglichenen nicht mehr Ähnlichkeit hat, als mit einer vom Richter verworfenen), so darf doch auch mit Einrechnung der geringfügigen Händel die Zahl der verglichenen die der entschiedenen Rechtsstreite nicht zu merklich übersteigen, weil sonst in der That die Besorgniß eintritt, daß die Bequemlichkeit und Arbeitsscheu der Richter ihr Wesen treibe, von der ich vorhin geredet habe. Denn selbst nicht alle geringfügige Händel eignen sich mehr zum Vergleich als zur Entscheidung, sondern nur diejenigen von ihnen, wo eine Verwickelung eintritt, und die Entwickelung des Thatbestandes mit dem Zeit- und Kostenaufwande nicht im Verhältnisse steht. Überhaupt, je mehr der Richter entscheidet, desto mehr übt er seinen eigentlichen Beruf,

desto mehr steigt die Achtung vor den Gerichten und das Vertrauen auf die Gerechtigkeit. Vergleichen — so urtheilt der gesunde Verstand des Bauers — kann jeder, dazu gehört wenig Kunst; aber Rechtsprechen, das kann nur der Richter, und das fordert mehr; und ich setze hinzu — dieses wichtige Vorrecht sollte er sich nicht selbst schmälern!

Doch ich gehe zu dem eigentlichen Zwecke dieser Abhandlung über, oder zu der Betrachtung:

A. wo ein Vergleich der richterlichen Entscheidung vorzuziehen, und

B. wie das richterliche Vermittelungsamt zweckmäßig anzuwenden ist.

Auf A. Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß jeder Prozeß über streitige Rechte von den Parteien durch Vergleich beendigt werden kann. Denn ob beide mit einander übereinkommen, ihre Meinungsverschiedenheit über ihre gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten dadurch, daß sie einander etwas gewähren oder erlassen, zu heben, oder, indem jede auf ihrer Meinung beharrt, und diese durchzusetzen sucht, es auf den Ausspruch eines Dritten, des Richters, ankommen lassen; das hat für den Zweck der Rechtsverfolgung oder Vertheidigung einerlei Wirkung. Hier ist nur die Frage: wo ist nach Gründen für das Wohl der Streitenden und für das allgemeine Beste ein Vergleich der endlichen richterlichen Entscheidung vorzuziehen, und wo findet sich demnach das richterliche Vermittelungsamt ganz vorzüglich aufgefordert, die Sühne unter den Parteien zu versuchen? Dieser Fall kann meines Erachtens eintreten:

1) aus Gründen, die in den persönlichen Verhältnissen der Streitenden zu einander liegen. Stehen sie

in

in häuslicher und Familienverbindung oder im Verhältniß des Gutsherrn und Unterthans, des Seelsorgers und Beichtkindes gegen einander, oder sind sie als Mitbewohner eines Hauses, als Nachbarn oder Glieder einer Gemeinde in fortdauernder Verbindung; so ist eine gütliche Vereinigung immer wünschenswerther, als ein richterlicher Ausspruch. Wenn Fremde mit einander rechten, so hört gewöhnlich mit der Fällung und Vollstreckung der richterlichen Sentenz jede fernere Berührung unter ihnen auf: nicht also zwischen Verwandten, oder denjenigen, die sonst in einer der bemerkten Verbindungen stehen. Hier muß also dahin getrachtet werden, jedem Anlasse zum Widerwillen und Groll zuvorzukommen, den in der Regel der Ausgang eines Prozesses durch Entscheidung zurücklässt, wenigstens bei dem, der verloren hat. Daher darf hier selbst eine gegenwärtige Aufopferung am strengen Rechte nicht schlechthin für eitel Verlust angesehen werden. — Ein Vergleich kann aber auch

II) aus Gründen, die in der Beschaffenheit des Streitgegenstandes liegen, der Entscheidung vorzuziehen seyn. Dieß ist der Fall

1) bei geringfügigen Händeln, die gleichwohl ihrer Verwickelung wegen eine weitläufige Untersuchung der Sachverhältnisse fordern; also nicht schlechterdings und ohne Unterschied bei allen. Wenn man nicht um das Recht allein, sondern um das, was Gegenstand desselben ist, streitet, so muß Mittel und Zweck im Verhältnisse stehen.

2) Auch bei Prozessen, die ihrem Gegenstande nach wichtiger sind, kann wegen ihrer eigenthümlichen Verwickelung, oder weil sie aus mehreren einzelnen Forderungen bestehen, oder wegen der Schwierigkeit der Be-

weismittel das nämliche Mißverhältniß eintreten, und daher die Beendigung durch Vergleich räthlich erscheinen z. B. bei Rechnungs-, Gemeinheitstheilungs-, Erbsonderungsprozessen, bei Irrungen über verdunkelte Grenzen des Grundeigenthums, wo der Richter oft durchaus keinen Anhalt zur Entscheidung findet, besonders aber bei den actionibus arbitrariis, ferner bei Kriegsschädenausgleichungen u. s. w. Der Sühneversuch ist in dem Grade hier dringender als die Schwierigkeiten der Ausmittelung dessen, was im gegebenen Falle Rechtens ist, sich vermehren oder der erkennende Richter etwa versucht werden könnte, zu dem sogenannten Durchgreifen (uneigentlich transactio imperata genannt) *) seine Zuflucht zu nehmen, weil es ihm an Stoff zur ordentlichen Subsumption unter das Gesetz fehlt. Ferner ist ein Vergleich rathsam

3) bei bloßen präparatorischen und Incidentpunkten, um schädlichem Aufenthalte vorzubeugen, namentlich bei der Regulirung des Cautionspunkts. Hier sind auch die Parteien am ersten zu einem Einverständnisse zu bringen, weil ihnen nicht an der Hauptsache selbst Opfer zugemuthet werden.

4) Für den Zweck der Vereinfachung des Verfahrens wird der Vergleichsversuch ebenfalls nicht selten nützlich angewandt werden, z. B. zur Verminderung der Zahl der Zeugen, Nachlassung des Zeugeneids, der Produktion von Originalurkunden, sofern deßfalls ein besonderer Termin angesetzt werden müßte u. s. w. ferner

5) in allen Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge

*) Meine Schrift über die Grenzen des Richteramts u. §. 51. f.

haftet, und die Entscheidung doch vielleicht eine umständliche Erörterung von Thatsachen voraussetzt, namentlich in Alimentensachen, Bausachen.

6) Ehestreitigkeiten gehören nicht nur aus dem auf I. angeführten Grunde hieher, sondern auch ihrem Gegenstande nach, besonders sofern die Fortsetzung des Prozesses die Trennung der Ehe bezweckt. Endlich rechne ich hieher

7) die Concursprozesse und Prioritätsstreitigkeiten, wo sich vielleicht mehr als irgendwo die richterliche Vermittelung wohlthätig bewährt.

Auf B. Was das Verfahren bei dem Sühneversuch betrifft, so hat man hiebei zu berücksichtigen:

a) den Zeitpunkt, oder in welcher Periode des Prozesses der Vergleichsversuch am zweckmäßigsten vorzunehmen, und

b) das Benehmen der Gerichtsperson bei dem Aussöhnungsversuche selbst.

Auf a. Ein Vergleichsversuch ist zeitgemäß, sobald nicht nur der Richter von den Verhältnissen des bestrittenen Rechts nähere Kenntniß erlangt hat, sondern auch die Parteien die Gründe für und wider nach dem gegenseitigen Vorbringen ungefähr abzuwägen im Stande sind. Der rechte Zeitpunkt ist demnach am Schlusse des Verfahrens in Sätzen und vor Aufnahme der Beweismittel. Sind diese einmal aufgenommen, also die Sache spruchreif, so würde mit dem Vergleiche nichts gewonnen seyn, als daß dem erkennenden Richter eine Arbeit erspart worden. Jeder Theil kann vielmehr nun verlangen zu erfahren, was eigentlich Rechtens ist, und eben deßwegen wäre es auch in der Regel nicht an seinem Orte, in höherer Instanz einen Vergleich zu versu-

chen, es wäre denn, daß nach Beschaffenheit der Sache nicht sofort definitiv zu erkennen wäre, oder daß der Oberrichter, es sey aus der Art, wie der Vergleichsversuch in der untern Instanz behandelt worden, oder, was sich von selbst versteht, auf ausdrückliches Verlangen der Parteien Anlaß hätte, einen dergleichen Versuch anzuordnen.

Auf b. Der Richter, der in Erzielung eines Vergleichs glücklich seyn will, bedarf vor allen Dingen das Zutrauen der Parteien, und zwar nicht bloß auf seine gleichdurchgehende Gerechtigkeit, sondern auch auf seine Billigkeit und Humanität. Er selbst macht ja nicht auf Beobachtung des strengen Rechts von Seiten der Parteien hier Anspruch, sondern auf ein billiges und menschenfreundliches Einsehen; er zeige sich also bloß dafür empfänglich. Ein streng gerechter Richter kann Ehrfurcht gebieten; Vertrauen und Zuneigung, wodurch hauptsächlich das Vermittelungsamt unterstützt wird, wird ihm nur die Überzeugung verschaffen, die man zu seinem Gefühle als Mensch fassen kann. Vor allen aber müssen wir der höchsten Unbefangenheit uns befleißen. Glaube man ja nicht, eine Partei durch Vorstellung der Mißlichkeit ihrer Rechtslage, wenn auch unter vier Augen (in Beiseyn des Gegentheils wäre es vollends ungeeignet) sofort auf andere Gedanken zu bringen, gesetzt daß die Sache, was doch vollständig zu beurtheilen nicht jedem gegeben ist, auch wirklich mißlich wäre. Glaube man ferner ja nicht, durch bloße Gemeinplätze die Streitenden für die ihnen gemachten Vergleichsvorschläge ohne weiters sofort empfänglich machen zu können. Sie werden aus natürlicher Liebe für ihre Sache durch unsere Vorstellungen, wenigstens nicht auf der Stelle, anderes Sinnes werden; ja sie müssen ein großes Vertrauen auf unsere Rechtlichkeit haben, wenn sie

nicht in dem Grade vielleicht bedenklich werden sollen, als wir unser Vermittelungsamt mit Nachdruck betreiben. Der Mensch will das erforderliche Gehör haben, er verlangt nicht unbillig, daß wir den Gründen, aus welchen er seine Sache für recht hält, wenigstens einige Aufmerksamkeit schenken, und wir dürfen es ihm nicht übel nehmen, wenn er auch auf schlechte Gründe Gewicht setzt. Am Ende müssen wir wohl seinen Vorstellungen anfangs wenigstens nachgeben, weil wir es hier lediglich mit seinem freien Entschlusse zu thun haben. Man fange also den Sühneversuch nicht schlechthin mit Auseinandersetzung des rechtlichen Gehalts der Gründe für und wider an; dieß muß späterhin kommen. Zuerst muß man den persönlich sich einfindenden Parteien, zumal wenn der Prozeß schriftlich verhandelt worden, und sie nun zum ersten Male persönlich einander gegenüber stehen, gestatten, sich recht auszureden und sich gegenseitig, wenn auch in unwesentlichen Darstellungen, ja selbst in Vorwürfen, wenn nur dabei Ordnung und Bescheidenheit nicht zu sehr ins Gedränge kommen, zu erschöpfen. Hat sich ihr gepreßtes Herz Luft gemacht, haben sie alles gesagt, was nach ihrer Meinung für ihre Sache dient und ihr Advokat, wie sie glauben, bisher doch nicht genugsam urgirt hat: dann kann man allmählig mit Vergleichsvorschlägen hervortreten. Kann man ihnen hier auf eine dem schlichten Menschenverstand entsprechende Art darthun, daß sie im Wege des Vergleichs nur scheinbar etwas verlieren, dagegen im Verhältnisse des ungewissen Ausgangs und der Kosten, des Zeitverlustes und der Sorgen bei längern Umtrieben, wenn sie den gewissen Vortheil nach dem Vergleichsvorschlag ergreifen, eigentlich gewinnen: so ist dieß freilich das zweckmäßigste Mittel für die Beförderung des Unternehmens. Ein auf diesen Grundlagen

bewirkter Vergleich ist auch allein der rechte, und führt zur dauernden Zufriedenheit beider Theile. Die Klugheit, die keiner Regeln bedarf, weil sie dieselben sich selbst giebt, wird den Vermittler nach der Lage des Streits, besonders auch nach den Individualitäten der Streitenden, überall die geeigneten Maßregeln an die Hand geben; sie wird ihm sagen, gegen welche Ansichten er vornämlich seine Bemühungen zu richten, welche Lieblingsvorstellungen er zu schonen, und wie er so allmählig die scharfen Ecken abzuschleifen hat, die der Vereinigung hinderlich sind. Man betrachte übrigens die Sache von mehrern Seiten; glückt der eine Vorschlag nicht, so glückt vielleicht ein anderer. Wird bei einer Feldgrenzirrung die Theilung des streitigen Rains nicht angenommen, so giebt es vielleicht sonst ein Compensationsobjekt, oder der Beklagte, der ihn ganz haben will, ist zu einer Geldentschädigung bereit *). Findet kein Übereinkommen über Gewährsmängel einer verkauften Sache Statt, so läßt sich der Verkäufer vielleicht bewegen, die Sache zurückzunehmen, wenn der Käufer zu ei-

*) Zu einem jährlichen Geldabtrag ist der gemeine Landmann in solchen Fällen schwer zu bewegen. Er nennt dieß "ein ewiges Recht" das er seinen Nachkommen, und dadurch, wie er sagt, sich ihren Fluch aufade. Ich habe daher in ähnlichen Fällen mehr als einmal die Erfahrung gemacht, daß ein jährlicher Abtrag von 25 kr. oder von etlichen Maß Korn viel höher angeschlagen wurde, als eine Aversionalentschädigung, wenn sie gleich dem Kapitalwerthe nach weit höher sich berechnete. Alle Kunst der Arithmetik war hier vergeblich; und im Grunde durfte freilich auch die fortwährende Leistung, eben jenes ewige Recht, bei den zu berechnenden Größen nicht ausser Acht bleiben.

nem mäßigen Abtrage für das Interesse bereit ist. Bei Prozessen über die Auslegung von Verträgen stelle man sich selbige in dem Verhältnisse bloßer Traktaten vor, und wirke so auf die freie Übereinkunft der Contrahenten. Manche annehmliche Vorschläge wird das individuelle Interesse der Parteien an das Licht fördern, auf die der Richter nicht verfallen wäre u. s. w. Es ist daher zu einem zweckmäßigen Sühneversuch nicht bloß eine genaue Kenntniß der Lage und Verhältnisse des Prozesses, wie selbige die Akten ergeben, die zu dem Ende der Richter vor dem Termine sich genau bekannt machen muß, erforderlich, sondern auch eine Bekanntschaft mit den Verhältnissen, Eigenheiten und Vorstellungen der Parteien, wozu wohl auch eine mit Scharfsinn gemachte Beobachtung während der Verhandlung führen wird.

Viel ist für die Annehmlichkeit eines Vergleichs in den Augen dessen, der ein Opfer bringen soll, gewirkt, kann man der neu einzugehenden Verpflichtung eine Modifikation geben, welche dem auf der einen Seite verminderten Recht auf der andern einen Zuwachs giebt. Vielleicht läßt sich der Gläubiger gern zu einem Nachlasse an Zinsen, zu einer längern Nachsicht bewegen, wenn ihm eine bisher entbehrte Sicherheit verschafft werden kann. Dieß überlege also der sühneversuchende Richter; er zeige, wie der Gläubiger ferner gefahrlos, ja sogar bisweilen mit Vortheil Nachsicht geben, der Schuldner Mittel machen könne; er zeige sich als wohlwollender Freund beider Theile, aber auch als Mann von Erfahrung und Scharfsinn, und schöpferisch in nützlichen Vorschlägen und Hülfsmitteln. Man hüte sich namentlich in Schuldklagsachen vor einer bloß momentanen Vermittelung, womit nichts geholfen ist. Man bringt wohl den Gläubiger dahin, daß er bis Allerheiligen wartet,

aber wenn das Ziel kommt, so hat der Schuldner eben doch kein Geld. Hätte man ihn gleich gefragt, wie er bei Eintritt des Termins zahlen wolle, so würde sich ergeben haben, daß ihm nur darum zu thun war, wieder Luft zu bekommen und daß, wie nach dem Kalender jenes Bauern, unter der Zahl aller Heiligen auch bei ihm der Sankt Nimmer steht.

Bei einem aus mehrern Punkten, Forderungen und Gegenforderungen bestehenden Prozesse ist das divide et impera eine Klugheitsregel von entschieden vortheilhaften Folgen. Es hält nicht schwer, in einzelnen Punkten eine Nachgiebigkeit der Interessenten zu bewirken, schon um deßwillen, weil damit die Eitelkeit, Recht zu behalten, nicht sehr in Berührung kommt. Damit ist aber schon viel gewonnen; die streitenden Theile werden wenigstens einigermassen mit der gegenseitigen Annäherung vertraut, und ist nur einmal ein Schritt geschehen, so folgt wohl auch der zweite und dritte; und sollte ja eine gänzliche gütliche Beilegung nicht erreicht werden, so ist doch die Entscheidung einfacher. Diese Maxime eines wenigstens theilweisen Vergleichens ist ganz besonders auch in Concurs- und Prioritätsstreitigkeiten zu empfehlen, und sie könnte hier weit häufiger nützlich angewendet werden, als sie wirklich nach der Erfahrung zur Anwendung kommt.

Langwierige Prozesse werden der Erfahrung nach *) härter verglichen, als neu entstandene. Dieß kommt wohl von dem nun schon tiefer gewurzelten Widerwillen, von der längern Gewohnheit und Vertraulichkeit mit dem Streiten, von den mehrern vergeblichen Ko-

*) v. d. Becke a. a. O. S. 43.

sten und davon her, daß sich eine gewisse Scham in das Spiel mischt. Jetzt erst, nachdem man so lange, vielleicht mehr um das Recht als um die Sache, gestritten, soll man sich erst vergleichen, also doch nicht wissen, wer eigentlich Recht gehabt! Sollte man sich nicht schämen, daß man nicht früher so klug gewesen? — Hier kann also der Richter weniger mit Gründen von der längern Unruhe, den mehrern Kosten, und mit Gründen aus der Sache selbst, die sich die Parteien schon oft genug haben vorhalten lassen müssen, ausrichten, als damit, daß er jene Vorstellungen zu schwächen sucht, wodurch die Beharrlichkeit im gefaßten Vorsatz unterstützt wird. Auch gilt hier vornämlich die Gabe des Richters im Versöhnungsstiften durch Erregung und Beförderung zweckdienlicher Gemüthsbewegungen. Mit dem kalten Verstande wird er es hier vergeblich aufnehmen.

Die gegenwärtige Abhandlung war bereits unter der Presse als ich die, einen Schatz trefflicher praktischer Bemerkungen und höchstbeherzigungswerther Vorschläge enthaltende Schrift des königlich baierischen Oberappellations-Gerichts-Präsidenten, Reichsraths Grafen Carl von Arco: von den Ursachen der ausserordentlichen Zunahme der Berufungen zur dritten Instanz und von den Mitteln, derselben gründlich abzuhelfen ꝛc. (München 1822. 8.) in die Hände bekam. Es hat mich diese materialienreiche Schrift nicht nur in manchen meiner, in diesem Aufsatze angedeuteten, Ansichten aufs neue bestärkt, sondern es war mir besonders beruhigend und erfreulich, eine verminderte Thätigkeit der Gerichte für das Vergleichsstiften unter den gerügten Ursachen jener Pro-

zeßvervielfältigungen nicht zu finden. Es war des Mannes, der hier die Feder ergriffen, auf dem erhabenen Posten an der Spitze des höchsten Gerichtshofs eines Reiches, würdig, besonders nur solche Ursachen auszuheben, die auf die Rechtspflege unmittelbar gehen, und Mittel vorzuschlagen, welche auf deren Verbesserung, ohne den Schein einer beabsichteten Erleichterung des rechtsprechenden Richteramtes, durch Verbesserung des Verfahrens selbst gerichtet sind. Hier ist Rhodus, hier zeige der Richter seine Kunst, nicht beim bequemen Vergleichsstiften, wodurch man freilich den Folgen einer mangelhaften Justizverfassung auch entgeht, aber ungefähr nur so, wie der Besorgniß vor einer langwierigen schmerzhaften Krankheit durch einen freiwilligen, übrigens durch Hülfe des Arztes so sanft als möglich gemachten — Tod.

Was hier besonders von der Leichtfertigkeit, wie Prozesse im Entstehen behandelt werden, gesagt wird, wird jeder Sachkenner als in der Erfahrung gegründet, unbedenklich unterschreiben. Mehrere Strenge bei der richterlichen Prüfung der Klagen wird manchen frivolen Prozeß in der Geburt ersticken, ohne daß man zu der gütlichen Vermittelung seine Zuflucht nehmen müßte, um so gut als möglich wieder mit Ehren aus dem übereilt begonnenen und zugelassenen Handel zu kommen. Dazu gehört aber freilich eine gründliche Theorie des Klagensystems, die so mancher Unterrichter eben nicht hat, außer so manchem andern, das er auch nicht hat, Lust am Berufe, Fleiß und — Zeit, die auch dem Besten unter ihnen oft durch ein Übermaß von Anforderungen an seine Kraft verkümmert wird!) Nur zu bequem findet man es, die Vorschrift Papst Alexanders III. (c. 6. X. de judiciis) zu befolgen: providentis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri so-

let (heut zu Tage wäre dieser Vorwurf ungerecht!) cujusmodi actio intentetur, inquiratis etc. — auch eine von jenen leidigen juristischen Ketzerlehren, die der Mißverstand erzeugt, der Unverstand ausgebildet, und der Schlendrian erhalten hat! — Der Rock wird also schon im ersten Zuschnitte für immer verdorben und alle nachher daran arbeitenden Meister und Gesellen können das nicht mehr ändern. Es wäre übrigens in der That sehr gut, wenn der zweckmäßige Vorschlag S. 34. gesetzlich würde,

> "daß jeder Richter erster Instanz bei einer Ordnungsstrafe von 20 Rthlrn. die kurze Darstellung der Motive, auf welche er die Mittheilung der Klage zur Vernehmlassung dekretirte, schriftlich den Akten beizulegen habe."

Noch wirksamer möchte es seyn, manchen Prozeß auf Kosten derer, die an der Formlosigkeit Schuld sind, in Zeiten ganz zu cassiren, als selbigen zum Nachtheile der Parteien und zur Plage der obern Richter in seinem krankhaften Zustande in den höhern Instanzen mühsam fortzuschleppen. — Unter den Ursachen der Zunahme der Berufungen zur dritten Instanz, vielmehr der Beschwerung der Oberrichter, vermisse ich übrigens dasjenige gehörig herausgehoben, was v. Feuerbach in den Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit ꝛc. S. 243. ff. von den schreibenden Richtern sagt, ohne welches Schreiben ein Oberappellationsgericht es schon mit einem halbtausend Prozesse jährlich mehr aufnehmen könnte, wenigstens soviel ich davon einsehe, verstehe und glaube.

XII.

Ist die Verbindung der Beweisführung mit der eigentlichen Streitverhandlung ein zweckmäßiges Mittel zur Abkürzung der Prozesse?

Zu dieser Frage veranlaßt mich der Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen von dem königlich baierischen Staatsrath Ritter von Gönner *). Es fordert nämlich dieser Entwurf im II. B. 1. Kap. daß der Kläger mit seiner Klage, der Beklagte mit der Antwort zugleich den Beweis antreten müsse, und zwar nicht bloß mit der Wirkung der freiwilligen Beweisanticipirung, sondern mit der peremtorischen Wirkung des vom Richter auferlegten Beweises. Die Sache ist so wichtig und so einflußreich für das Schicksal des ganzen Prozesses, die dadurch herbeigeführte Reform in das ganze System des gerichtlichen Verfahrens so tief eingreifend, daß ein Vorschlag dieser Art ohne Zweifel die reiflichste Prüfung der Gesetzgebung in Anspruch nimmt. Man kann die Idee dieser Verbindung als ganz neu betrachten, indem sie, soviel mir bekannt ist, keine der neuen Prozeßgesetzgebungen wenigstens in diesem Umfange kennt, selbst die preußische Prozeßordnung nicht ausgenommen, bei deren Verfassung man doch bekanntlich mit den alten Ideen eben nicht zu zart umgegangen ist.

Die Gründe, welche in den Motiven zu jenem Ge-

*) Auch die am Schlusse der vorigen Abhandlung S. 345. angeführte neue Schrift des Oberappellations-Gerichts-Präsidenten Grafen von Arco bejaht die aufgeworfene Frage.

setzesentwurfe S. 301. ff. ausgeführt werden, sind folgende:

1) Durch die vorgeschlagene Verbindung wird das Beweisinterlokut aus dem Prozesse verbannt, welches ein Hinderniß des schnellern Ganges des Rechtsverfahrens ist.

2) Es ist der Natur der Sache gemäß, mit dem Vorbringen einer Thatsache zugleich auch deren Beweis zu verbinden. Der unverschrobene Sinn lehrt den Kläger wie den Beklagten nicht unbewaffnet vor Gericht aufzutreten.

3) Es ist ein offenbares Ersparniß, wenn der Beweis schon mit dem Vorbringen der Thatsachen eingeleitet wird, so daß es hiernächst mit Umgehung aller weitern Verhandlung nur der Beweisaufnahme bedarf.

4) Die Erfahrung vom anticipirten Beweise lehrt, wie gegründet und praktisch die vorhin nr. 2. bemerkte Voraussetzung einer natürlichen Verbindung der Darlegung der Thatsachen mit deren Beweise ist. Aber die bisherige Zulassung einer Beweisanticipation war nur eine halbe Maßregel. Es muß nicht bloß erlaubt, sondern peremtorisch geboten seyn, den Beweis mit dem Vorbringen der Thatsachen zu verbinden.

5) Das mit keinem Beweise belegte Vorbringen ist ein Reitz zum Leugnen für den Gegentheil.

6) Es ist zwar möglich, daß dem Beweisanticipanten eine vergebliche Arbeit mit der Angabe der Beweismittel gemacht wird, wenn der Gegner das Factum zugesteht; allein diese Unbequemlichkeit ist keiner Betrachtung werth bei den entschiedenen Vortheilen der vorgeschlagenen Verbindung.

Ich will es nun versuchen, diese Gründe näher zu beleuchten. Hierbei soll mich denn der Grundsatz leiten,

daß die Beschleunigung des Ausgangs der Prozesse mit der vollständigsten Rechtsvertheidigung und einer gründlichen, ordnungs- und zweckmäßigen Erörterung der streitigen Verhältnisse in Übereinstimmung zu bringen, also — Beschleunigung unbeschadet der Gründlichkeit und des regelmäßigen Ganges der Sache, die erste Forderung an eine gute Prozeßordnung ist.

Auf 1. Daß ein förmliches Erkenntniß über den Beweissatz und die Beweislast, ein Erkenntniß gegen welches, wie gegen einen die Sache selbst definitiv entscheidenden Spruch des Richters, die gewöhnlichen Rechtsmittel Statt finden, mit einem Worte: ein Beweisinterlokut in der bisherigen Art, eben so entbehrlich, als zur Verzögerung des Prozesses gereichend sey, davon bin ich überzeugt und theile unbedingt die deßfallsigen Ansichten des Entwurfs. Ich gehe sogar noch weiter und behaupte, daß dieses Beweisinterlokut auch da nicht nothwendig sey, wo es der Entwurf ausnahmsweise noch zuläßt, nämlich (§. 7. nr. 3. S. 147.) Wenn die Eidesdelation oder Zurückschiebung bestritten, oder gegen die Zulässigkeit der Zeugen oder Artikel Einreden vorgebracht werden, oder die Ächtheit der Urkunden abgeleugnet wird. —

Ich werde hierauf in der Folge zurückkommen und zeigen, daß, um das Erkenntniß auf Beweis zu entbehren, es durchaus nicht nöthig ist, die fragliche Verbindung des Darlegungs- und Beweisverfahrens einzuführen. Hier will ich nur vorläufig erinnern, daß, wenn wir besonders den Widerspruch gegen die Zulässigkeit der Zeugen und Artikel als Ausnahme zulassen, es bald

dahin kommen dürfte, daß diese Ausnahme die Regel würde, der Fall aber, wo ohne Zwischenbescheid mit der Beweisaufnahme verfahren werden kann, zu den, vielleicht sogar seltenen Ausnahmen gehören möchte.

Auf 2. Der Beweis einer Thatsache steht nur in sofern im nothwendigen Zusammenhange mit dem Vorbringen dieser Thatsache, als sie überhaupt eines Beweises bedarf, also — widersprochen wird. Ausserdem wäre die Beweisführung in der That ein Mittel ohne Zweck. So natürlich es ist, daß die Parteien nicht unbewaffnet auftreten, eben so natürlich ist es, daß sie von ihren Waffen nicht eher Gebrauch machen, als es Noth thut. Der Zusammenhang der Beweisantretung mit dem Vortrage der Thatsachen ist also immer nur beziehungsweise nothwendig. Eben deßhalb kommt es

auf 3. wohl nicht darauf an, ob das Mittel unter gewissen Voraussetzungen zweckmäßig ist; es gilt hier der Frage um eine absolute und unbedingte Zweckmäßigkeit, weil ja auch die Beweisantretung absolut und unbedingt Statt finden soll.

Auf 4. Wenn dem Kläger die thatsächlichen Behauptungen seiner Klage widersprochen werden, so ist es natürlich, daß er, ist er anders davon überzeugt, daß ihm die Last des Beweises obliegt, den Beweis so bald als möglich antritt; denn er wünscht so geschwind als möglich zum Ziele zu gelangen. Gleiches wird, wenn schon nach der Maxime: reorum est fugere, freilich seltener, der Beklagte rücksichtlich seiner Einwendungen beobachten. Selten wird aber der Kläger den Beweis schon in der Klage anticipiren, also ehe der Beklagte geantwortet hat, und besonders niemals wenn es auf Thatsachen ankommt, von welchen er glaubt,

daß sie nichts relevíren, oder der Gegner sie ohnehin nicht in Abrede stellen werde, oder wenn die Beweislast zweifelhaft ist. Ein anderes ist es, wenn der Beweis des Klaggrundes auf Urkunden allein beruht, und eben so auch der Beweis der Einreden. Es ist wohl natürlich, daß der Kläger bei einer Schuldklage, die sich auf eine briefliche Urkunde gründet, diese sogleich seiner Klage beilegt, und eben so natürlich, daß der Beklagte excipiendo die Quittung über eine von dem Kläger als noch fortdauernd angesprochene Verbindlichkeit sogleich vorlegt. Auch er kommt hier geschwinder zum Ziele, und die obige Maxime des Ausbeugens findet hier keine Anwendung, weil der Beklagte hier nicht in der Lage ist, von dem längern Aufschube Vortheil zu ziehen, und er wohl so wenig als der Kläger am bloßen Prozeßführen ohne weitern Zweck Behagen findet. Wo also die Anticipation des Beweises dem Interesse des Beweisführers zusagt, da mahnt ihn dieses schon statt des Gesetzes, und dieses braucht ihm also die Beweisantretung ohne Interlokut nicht erst aufzulegen. Im übrigen ist wohl die Erfahrung eben so für die Anticipirung als für deren Unterlassung; alles kommt auf die Umstände an. Am wenigsten darf man von der a) nur in gewissen Fällen und ausnahmsweise, b) wenn die Beweislast unzweifelhaft ist, c) nach erfolgter Litiscontestation (also gewöhnlich resp. in der Replik und Duplik) erfolgten freiwilligen Anticipation ein Argument für die aa) in allen Fällen, bb) ohne Rücksicht auf die Beweislast, und cc) schon vor der Einlassung zu realisirende nothwendige Anticipirung entlehnen.

Auf 5. Wenn das mit keinem Beweise belegte faktische Assertum hin und wieder den Gegner zum Leugnen reitzen mag, so thut dieß sicher wenigstens eben so oft,

oft, vielleicht öfter noch, die mit demselben verbundene Beweisantretung, wenn in den Augen des Gegners die Beweismittel schwach erscheinen. Es beruht dieß auf bekannten Erfahrungen. Die Vorstellung von der unbekannten Größe des Widerstandes ist bei einem nicht leichtfertigen Menschen in der Regel wenigstens stärker als die von der bekannten. Schon die Klugheit fordert, sich eher auf einen härtern als leichtern Kampf gefaßt zu machen, wenn gestritten werden muß. Vielleicht hätte mancher Beklagte diesen oder jenen Umstand widersprochen, hätte er vorher gewußt, daß sein Gegner nur dieſen Zeugen habe. Höchstens wird die Erfahrung uns eben soviel Erscheinungen für als wider zeigen, und dann dient dieser Grund wenigstens nicht zur Unterstützung der hier bestrittenen Theorie.

Daß der sofort deferirte Eid den Gegner vom frevelhaften Leugnen zurückhalten werde, möchte ich, wenigstens als meiner Erfahrung, ja selbst Gründen a priori entgegen, unbedingt widersprechen. Auf den Eid muß sich ja am Ende jeder Läugnende gefaßt machen, und ich wüßte nicht, was die nähere oder entferntere Aussicht auf den deferirten Eid, wenigstens bei dem gewöhnlichen Menschen, gegen den mächtigen Impuls des si fecisti nega vermögen sollte, da ja zum Schwören niemand gezwungen wird, und derjenige, welchem der Eid deferirt wird, abgesehen von moralischen Rücksichten wohl nicht lange sich bedenken wird, was ihm mehr frommt, das Geständniß oder die Zurückschiebung oder die Acceptation des Eides mit dem scheinbaren Vorsatze der Ableistung. Benutzt er den Eid auf diese Weise durch Relation oder scheinbare Bereitwilligkeit der eigenen Ableistung, so hat er wenigstens noch immer die Hoffnung, seinen Gegner zu einem Vergleiche zu disponiren.

Auch die leichtfertigste Annahme eines Eides liegt ausser den Grenzen der Ahndung des äussern Richters, und man pflegt, wenn der Acceptant nicht schwört, dieß oft sogar auf Rechnung eines zarten Gewissens zu setzen, während derselbe bloß darum nicht schwört, weil er nicht schwören kann, und sein ganzes sittliches Verdienst hier nur darin besteht, daß er keinen Meineid begeht. — Die Eidesdelation vor der Einlassung wird daher auf den frechen Lügner weiter keinen Eindruck machen. Indessen ist es nicht sowohl der Beweis durch Urkunden, oder durch Augenschein, oder durch den Eid, der mir die Sache besonders bedenklich macht, sofern als etwa bloß von unnöthigen Weitläufigkeiten die Rede ist, als hauptsächlich nur der Zeugenbeweis und die mit dessen Antretung verbundenen mehrern Förmlichkeiten.

Dieß sind die Gründe, aus welchen ich dafürhalte, daß die fragliche Verbindung der Beweisführung mit der Verhandlung sich als nothwendig und zweckmäßig nicht rechtfertigen läßt. Ich werde in der Folge zeigen, daß sie sogar zweckwidrig und schädlich ist; und so bin ich denn auch überzeugt, daß der Verfasser des Entwurfs nicht widerlegt hat, was früher von ihm in dem Handbuche des Prozesses II. Bd. S. 317. selbst eben so wahr als gründlich behauptet worden. Er sagt nämlich dort: "Mit dem Geiste des gemeinen Prozesses und mit den Maximen einer guten Gesetzgebung kann ich die Verbindung der Beweise mit den ersten Verhandlungen niemals vereinbaren. Das erste Verfahren in einem Rechtsstreit kann keine andere Absicht haben, als durch die wechselsweisen Erklärungen beider Theile den eigentlichen Streitpunct auf das genäueste herzustellen. Darum muß jede Partei die Umstände, welche sie vom Faktum ihres Gegners abläugnen will, speciell punkt

für Punkt beantworten, und aus diesen Verhandlungen muß sich erst zeigen, was unter den Parteien streitig ist, was eines Beweises bedarf, und wer beweisen müsse. . . . . Welche Verwirrungen und Inconsequenzen müßten aus der Verbindung des Beweisverfahrens mit dem ersten Verfahren entstehen? Der ganze Zweck des ersten Verfahrens wird vereitelt, die Beweise werden ohne Noth vervielfältigt, unnütze Streitigkeiten veranlaßt, da man am Ende nicht weiß, ob die Vorlegung der Beweise eine Übernahme der Beweislast ist; der große Gewinn für Beschleunigung der Rechtssachen, welcher aus der peremtorischen Kraft des Beweistermins entsteht, vereitelt, und dieß alles für einen Zweck, welcher doch nicht erreicht werden kann; denn es ist, etwa den Urkundenbeweis, wenn sie nicht abgeläugnet werden, abgerechnet, offenbar unmöglich, das erste Verfahren mit dem Beweisverfahren zu verbinden. Wie soll der Antritt des Beweises durch Beweisartikel, das Productionsverfahren über die Zulässigkeit der Beweismittel, der Productionstermin sammt den dabei nöthigen Handlungen mit dem ersten Verfahren durch Klage, Exception, Re- und Duplik verbunden werden? Will man aber die Vollführung des Beweises vom ersten Verfahren trennen, was ist denn durch Vorlegung des Beweismittels im ersten Verfahren gewonnen?"

Ich halte dafür, daß schon die Natur der Sache selbst die fragliche Verbindung widerräth, und daß das Drama des Prozeßverfahrens ordentlicher Weise vier Akte hat und haben muß. Wir finden nämlich, daß sich die Thätigkeit der Parteien und des Richters in 4 Operationen äussert, nämlich zwei der erstern und zwei des

letztern, die abwechselnd auf einander folgen, und wodurch der Zweck erreicht wird, thatsächliche Verhältnisse, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten gewirkt werden, die aber entweder in ihrer Eigenschaft (als sinnliche Erscheinungen) oder in ihrer Wirkung, oder in beiderlei Beziehungen nicht freiwillig anerkannt werden, im Wege des Zwangs zur Anerkenntniß zu bringen.

Drei dieser Operationen haben es nur mit der Entwickelung der thatsächlichen Verhältnisse, oder mit der quaestio facti, die vierte, welche ausschließlich von dem Richter ausgeht, mit der Bestimmung dessen, was nach den ausgemittelten Thatsachen den Gesetzen gemäß ist, oder mit der quaestio juris zu thun. Diese 4 Operationen müssen eigentlich als die Hauptmomente des Prozesses gelten, und wenn eines oder das andere fehlt, so ist entweder gar kein Prozeß oder wenigstens kein nach der gewöhnlichen Ordnung verhandelter vorhanden.

Die erste ist eine Operation der Parteien, welche in der Darlegung eines Anspruchs und in der Vertheidigung dagegen besteht.

Dieser ersten Operation muß nothwendig die zweite folgen: eine Erwägung des beiderseitigen Vorbringens in Beziehung auf Relevanz und Wahrheit. Ich sage 1) in Beziehung auf Relevanz: was hat von dem beiderseitigen Vorbringen auf das Wesen des verfolgten und vertheidigten Rechts also auf die Entscheidung Einfluß? — 2) in Beziehung auf Wahrheit: was liegt davon durch gegenseitiges Zugeständniß als ausgemacht vor?

Diese zweite Operation ist eine Handlung des Richters, die nach dem gemeinen Prozeß in der Form eines Zwischenerkenntnisses auf Beweis sich äussert, wel-

ches ohne Appellation dagegen rechtskräftig wird, welcher Form ich aber ein bloßes richterliches Dekret vorziehe, gegen das keine Appellation Statt findet, welches aber auch ohne solche nicht rechtskräftig wird. Die Parteien können dieser richterlichen Einschreitung zuvorkommen, indem sie den Beweis anticipiren. Hier muß aber vorausgesetzt werden, daß die Partei statt des Richters die Prüfung der Relevanz und Wahrheit des Vorbringens anstellt, ehe sie zum Beweise schreitet.

Nun folgt die dritte Operation, eine Handlung der Parteien, die sich mit der Herbeischaffung der Mittel zur Erkenntniß der bestrittenen thatsächlichen Verhältnisse, oder mit dem Beweise beschäftigt; endlich dann

die vierte Operation oder die Entscheidung, welche in der Entwickelung und Bestimmung des Rechtsverhältnisses besteht.

Daß eine oder die andere dieser 4 Operationen nur bedingungsweise wesentlich ist, daß namentlich die zweite und dritte Operation wegfallen kann, wenn die Parteien über die Thatsachen einig sind, und nur die rechtlichen Folgen bestreiten, — dieß ändert nichts. Das nur bedingungsweise wesentliche Stück ist eben so unzertrennbar von der Substanz des Rechtsverfahrens sobald die Bedingung eintritt, als wie das absolut wesentliche. Unter diese bedingt wesentlichen Stücke rechne ich hier vornämlich die zweite Operation. Die Bedingung ist die Nothwendigkeit eines Beweises. Ist das Faktum, worauf die Klage oder die Einwendung gebaut ist, widersprochen und deßhalb Beweis erforderlich; so muß nothwendig auch die Prüfung und Festsetzung eintreten, welche den Gegenstand der zweiten Operation ausmacht. Sowie die Entscheidung oder die Be-

Bestimmung des Rechtsverhältnisses durch richterlichen Ausspruch nicht erfolgen kann ohne vorhergehende Prüfung dieses Rechtsverhältnisses, so kann auch die Bestimmung des Sachverhältnisses durch Beweis nicht erfolgen, ehe vorher durch Prüfung der Verhandlung festgestellt ist, was an dem Sachverhältnisse streitig ist oder nicht. Dort prüft der Richter das ausgemittelt feststehende Sachverhältniß, wiefern es dem Gesetze gemäß ist, und bestimmt das Rechtsverhältniß der Streitenden. Hier prüft er das beiderseitige faktische Vorbringen, wiefern die Parteien deßfalls übereinstimmen oder nicht, und bestimmt das Sachverhältniß als ein schon ausgemitteltes oder noch auszumittelndes.

Doch ich will mich hier nicht länger bei Erörterungen aufhalten, die man leicht für Grübeleien ansehen könnte, sondern die Sache lediglich von der schlichten praktischen Seite und zugleich mit Rücksicht auf die Forderungen der Gesetzgebungspolitik auffassen und behandeln. Hier bieten sich mir nun folgende Betrachtungen dar.

I. Es ist billige Forderung an jede Prozeßgesetzgebung, daß nicht bloß schleunige, sondern vornämlich gründliche Justiz verwaltet werde. Dazu gehört denn insonderheit, daß in der von der Natur bezeichneten Stufenfolge der einzelnen Operationen, von der Klage bis zur Eröffnung des Erkenntnisses, keine Stufe übersprungen und dadurch das Verfahren zum Nachtheile seines ruhig besonnenen und sichern Ganges übereilt werde; und eben so, daß keine Partei mit einer nicht zum Zwecke führenden oder für denselben entbehrlichen Handlung belästigt werde, am wenigsten mit einer solchen, die dem Zwecke der leichtern Erlangung des Rechtsschutzes vielleicht gar Hindernisse machen möchte.

Wenden wir diese Forderungen auf die Bestimmung an: der Kläger wie der Beklagte solle, ohne erst Einlassung und Antwort vom Gegentheile abzuwarten, den Beweis seines thatsächlichen Vorbringens sofort antreten, er solle sogleich angeben, wie er dieses Vorbringen auf den, auch nur möglichen, Läugnungsfall beweisen wolle, so drängt sich uns sogleich die Vorstellung auf, daß die Parteien hier wenigstens eben so oft etwas Unnöthiges unternehmen müssen, als von ihrer Handlung hiernächst Gebrauch zu machen, selbige also nur als eine vorausbezahlte Schuld anzusehen ist. Man darf gewiß ohne Übertreibung als Erfahrungssatz annehmen, daß ordentlicher Weise wenigstens die Hälfte der von dem Kläger und dem Beklagten angeführten Thatsachen (die leeren Dicentereien gar nicht gerechnet) entweder zugestanden werden oder als irrelevant keines Beweises bedürfen. Wenn es indessen nichts als das wäre, so könnte man es als eine kleine Unbequemlichkeit bei den übrigen wohlthätigen Folgen der Einrichtung allenfalls leicht verschmerzen. Allein hier handelt es sich nicht bloß von kleinen Unbequemlichkeiten, nicht bloß von einer allenfalls zwecklosen Handlung bei der Beweispräoccupation (wiewohl auch solche der Gesetzgeber nach Möglichkeit beseitigen muß) sondern von einer, in vielen Fällen wenigstens, offenbar zweckwidrigen Handlung.

II. Zwar soll der Partei die Befugniß nicht benommen seyn, mit besonnener Überlegung unter den behaupteten Thatsachen nur die zum Zwecke dienlichen oder relevanten auszusuchen und den Beweis darüber anzutreten; sowie ihr auch nicht verwehrt ist, wenn sie glaubt, daß nicht ihr die Beweislast obliege, den Beweis des Gegners abzuwarten. Allein alles dieses soll auf ihre Gefahr geschehen. Nun kann aber weder

der Kläger noch der Beklagte mit Sicherheit sich darauf verlassen, ob rücksichtlich der Beweislast der Richter auch eben so urtheilen werde wie er urtheilt. Eben so wenig kann er wissen oder vorhersehen, ob eine Thatsache wirklich irrelevant sey; ob sich selbige ihrer anfangs scheinbaren Irrelevanz ungeachtet nicht doch in der Folge, aus Anlaß einer Einrede oder in Verbindung mit der ganzen Verhandlung, als erheblich darstellt. Noch weniger kann er wissen, welches Gewicht etwa der Richter bei der Beurtheilung gerade auf diesen scheinbar irrelevanten Umstand setzt, den der Allegirende vielleicht wohl hätte beweisen können, jedoch als unerheblich übergangen hat, und womit er nun präcludirt ist. So kann der Kläger bei der actio mandati contraria auf Schadloshaltung unterliegen, weil er den Beweis seines Klaggrundes, des verbindlich erhaltenen Auftrags und des demselben gemäß vollzogenen Geschäfts, nicht geführt hat. Er hat für nichts zur Sache beitragend gehalten, Thatsachen durch Beweisantretung zu begründen, die ihm eventualiter als negotiorum gestor den Obsieg versprochen haben würden, und er verliert einen gerechten Anspruch kraft der Prinzipien einer modernen Formularjurisprudenz.

Ich sage nichts davon, wie leicht eben wegen der Menge der Thatsachen, wo die Aufmerksamkeit des Menschen nothwendig zerstreut werden muß, in einer Pachtremissions-, oder Rückgewährssache ꝛc. ein oder der andere wesentliche Umstand übersehen werden kann, und wie ungeachtet der unförmlichen Weitläufigkeit der Klage- und Exceptionslibelle (vielleicht gerade um so viel eher) diese doch unvollständig seyn können. Um sich daher nicht der Gefahr der Präclusion auszusetzen, muß die klagende sowie die beklagte Partei über jedes Faktum zugleich den Beweis antreten, es sey scheinbar noch

so unzweifelhaft z. B. ihre Legitimation zur Sache, oder irrelevant, wie das Heer von vorhergehenden, begleitenden und nachfolgenden Nebenumständen, Ereignissen und Äusserungen, unter welchen ein bestimmtes Rechtsgeschäft, welches den Streitgegenstand ausmacht, in das Daseyn getreten ist, — Umstände, die man allenfalls zur bessern Beleuchtung der Verhältnisse, und damit diese nicht so nackt und abgerissen dastehen (illustrationis causa) anführt, keineswegs aber in der Absicht, um bei deren Widerspruch den Beweis derselben zu führen, z. B. die gegenwärtigen Personen, deren Benehmen und Äusserungen bei gewissen Vorgängen, die Zahl der Flaschen, die schon geleert waren, als der Aufsatz mit der fatalen Clausel zur Unterschrift gereicht wurde ꝛc. Dieß führt man, wie gedacht, so nebenbei an. Jetzt fordert aber alles dieses Beweis. Denn wer vermag zum voraus zu berechnen, ob ein dergleichen bei dem ersten Anblick unbedeutend scheinender Umstand denn doch nicht von Einfluß ist. Stelle man sich nun die Massa von Thatsachen und Beweisantretungen vor, und sage, ob nicht, wenn auch eben gerade kein scheidekünstlerisches Talent, doch wenigstens große Geduld dazu gehört, um aus diesem Chaos die Bestandtheile zu sondern, die zur richtigen einfachen Formgebung erforderlich sind, besonders wenn die Advokaten ihr Handwerk verstehen. Denn nichts kann geschickter dazu seyn, eine Sache zu verwickeln, als die bezielte Methode zumal unter intrikanten Händen. Wenn nun vollends noch, wie z. B. bei Gemeinheits-, oder Erbtheilungs-, oder bei Nachtremissionsklagen die Sache an sich nicht einfach, sondern schon nach ihren unzweifelhaft relevanten Punkten sehr zusammengesetzt und weitläufig ist; so können, ohne daß in der Sache wesentlich etwas für den Zweck des Prozesses geschehen, die Akten zu Bergen anschwel-

len. Bisher hat man der Weitschweifigkeit mit einem: "das gehört nicht zur Sache" begegnen können; das findet nun nicht mehr Statt, denn jetzt gehört alles zur Sache. Hätte man nur einmal einen Versuch gemacht, und den Beklagten alle in der Klage, den Kläger aber alle in dem Exceptionssatze vorgebrachte Thatsachen widersprechen lassen, und beide verpflichtet, über alles, was abgeläugnet worden, den Beweis anzutreten, gewiß man würde nichts weiter brauchen, um sich zu überzeugen, daß es sich hier, abgesehen von allem Übrigen, um eine Aufgabe handelt, über welche wohl Mancher Arbeit und Akten verwünschen würde.

Der Richter soll zwar nach §. 14. des Entwurfs das Vorbringen prüfen und den Absonderungsprozeß beginnen. Allein wenn er auch die Gabe besitzt, die Spreu von dem Weitzen zu scheiden, welche mühselige und verdrießliche Arbeit wartet seiner? und was haben wir nun am Ende mit unserer Verbindung gewonnen? — nichts! wir haben vielmehr den Parteien und dem Richter zugleich eine unnöthige Arbeit gemacht, jenen gleichsam mit der Verfertigung des Gewebes, und diesen mit der Wiederauftrennung desselben; und statt daß man früherhin nur über das, was unter den Parteien streitig und zweifelhaft war, prozessirt hat, betrifft nun der Prozeß den Prozeß selbst, die Sichtung des Acervats von Beweisen, und was davon zu brauchen und nicht zu brauchen ist. Daß der Prozeß gleich in seinem Beginnen weitläufig wird, und die handelnden Personen, statt ein festes Ziel vor Augen zu haben, ihre Blicke nach allen Richtungen hingezogen finden, bedarf wohl keiner weitern Ausführung. Eben so einleuchtend ist es, daß das Prozeßführen auf diese Weise noch ungleich kostspieliger werden muß, und es wird sich niemand bes-

ser dabei befinden als schreibselige Advokaten. Ich gebe zu, daß der Erfolg nicht immer gerade diese unangenehmen Erscheinungen bei sich führen mag. Allein es ist schlimm genug, wenn es nur ausnahmsweise geschieht. —

Es ist einmal nicht anders; jedes Ding hat seine Zeit, und will an seinem Orte geschehen. Mag es dem Bauherrn noch so erwünscht seyn, den Bau seines neuen Hauses bald vollendet zu sehen; es hilft nichts, er muß warten, und er kann nicht zugleich den Grund legen und das Dach decken.

III. So wie gewöhnlich ein Übel nicht allein kommt, so ist dieses auch hier der Fall. Tritt der eine Theil den Beweis über irrelevante Dinge an, so darf der Andere nicht zurückbleiben; auch er muß den Gegenbeweis, oder den Beweis der faktischen Umstände antreten, die er etwa zur Entkräftung des von dem Andern zu beweisen unternommenen Umstandes angeführt hat. Z. B. der Kläger führt (vielleicht sehr irrelevante) Äusserungen des Beklagten an, woraus er eine betrügerische Überredung bei einem Geschäfte folgert, und unternimmt den Beweis derselben. Dagegen führt der Beklagte Umstände an, woraus erhellen soll, daß er jene Äusserungen gar nicht habe machen können, und tritt ebenfalls den Beweis darüber an. Freilich werden beide hinterher von dem Richter vernehmen, daß sie leeres Stroh gedroschen haben; aber die Arbeit ist eben doch einmal geschehen, und die Dreſcher (Advokaten und Schreiber) werden von dem Lohne ihrer Arbeit sich keinen Kreuzer kürzen lassen, — wie billig! — Denke man sich nun das mächtige Heer von Einwendungen, gleichsam Nebenprozessen über den Beweis selbst, besonders den Zeugenbeweis, über die Personen der vorge-

schlagenen Zeugen, die Relevanz oder Irrelevanz und Impertinenz der Artikel, und dieses alles — so rein umsonst! Also tröste man sich nicht damit, daß es nur auf die Antretung des Beweises, nicht auf dessen Vollführung ankomme. Schon mit der bloßen Antretung des Beweises wird eine Menge von Zeit und Kosten verschwendet, die mit dem bezielten Gewinne durchaus in keinem Verhältnisse steht; der Verwickelungen und Verwirrungen gar nicht zu gedenken. Es ist schon widerlich, unerhebliche Facta sich vorsagen lassen zu müssen; sie erst zu dünnen Fäden für ein nutzloses Gewebe spinnen zu müssen, ist wohl vollends geeignet, um darüber desperat zu werden.

IV. Diese Einrichtung begünstigt das Läugnen, überhaupt die Cbicane. Von jenem habe ich schon vorhin gesprochen, hier bemerke ich nur noch, daß nun thatsächliche Umstände in das Verhältniß unerwiesener Punkte versetzt, also geschehene Dinge ungeschehen gemacht werden können, an deren Richtigkeit und Daseyn man vielleicht sonst so wenig zu zweifeln Ursache hatte als an seinem eigenen Daseyn. Wer will es dem Beklagten wehren, den von dem Kläger ohne Beweis gelassenen Umstand, daß er Erbe des Cajus sey, nun gerade wegen dieser Unterlassung zu leugnen, und so die Abweisung der Klage zu motiviren? Was kann es den Kläger nutzen, wenn er hinterher anführt, die Sache sey ja notorisch, das Gericht, vor welchem der Prozeß verhandelt wird, habe ja selbst die Erbtheilung erst im vorigen Jahre vorgenommen u. s. w.! Du hättest dich, wird man ihm antworten, auf die Notorietät, auf die Akten u. s. w. berufen sollen; es ist dir nicht zu helfen, das Gesetz ist zu klar, dein nicht gehörig angetretener Beweis ist so gut desert, als wenn er dir vom Richter

auferlegt worden wäre. — Und ohne Inconsequenz kann man auch nicht anders antworten. So begünstigt ein solches Gesetz nothwendig nicht nur die Chikane, zumal wenn es dieser und dem frevelhaften Läugnen nicht durch nachdrückliche Strafen begegnet, sondern es schadet auch im Allgemeinen der Sittlichkeit. Denn wer die Gerichtshöfe betritt, der muß sich nun darauf gefaßt machen, daß alles, was er sagt, als unwahr gilt, und so findet er denn über den Pforten zu den Tempeln der Gerechtigkeit überall die Aufschrift aus dem Psalm: alle Menschen sind Lügner! Unter einer solchen Justizverfassung könnte man sich eigentlich so wenig wohl befinden, als in einem Lande, wo man ohne Gefahr für Leib und Gut nicht einmal einen Spaziergang unbewaffnet unternehmen dürfte.

V. Der vorgeschlagene Gang des Verfahrens macht die Hülfe der Advokaten unentbehrlich. Statt also dem Rechtsunerfahrnen den Weg zum Richter zu ebnen, macht die bezielte Verfassung denselben beschwerlich, ja gefahrvoll. Ich sage nicht, daß die Advokaten ein Übel in der bürgerlichen Verfassung sind; dieß wäre wohl so ungereimt, als die Behauptung der absoluten Entbehrlichkeit der Ärzte. Aber während man niemand hindern soll, sich der Hülfe eines Advokaten zu bedienen, gesetzt, daß auch der Gegenstand des Streites nur eine Metze Kartoffeln betrifft, soll man auch niemand zwingen, einen Advokaten anzunehmen, wenn er sich seine Sache selbst zu führen getraut, und zwar weder direkt, noch indirekt, also auch nicht durch Einrichtungen, die es bedenklich und gefahrvoll machen, ohne Rechtsbeistand vor Gericht aufzutreten, indem dadurch die Rechtsverfolgung und Vertheidigung zu einer mysteriösen Kunst gemacht wird, in welcher nur wenige Auserwählte die

Weihe erhalten haben. Daß aber der schlichte Bürger, überhaupt der Nichtjurist es kaum wagen darf, ohne Hülfe eines Advokaten den Rechtsweg zu betreten, wenn eine Ordnung des Verfahrens besteht, wie diejenige, wovon hier die Rede ist, wird wohl niemand anders als sehr natürlich finden.

Diese Schwierigkeiten scheinen mir die Vortheile bei weitem zu überwiegen, welche man sich von der fraglichen Verbindung der Beweisantretung zugleich mit der ersten Verhandlung verspricht, und ich halte den Vorschlag für praktisch unausführbar, ja für schädlich, weil, wie bisher gezeigt worden, die vorzeitige Antretung des Beweises die zwecklosen Handlungen im Verfahren vermehrt, zu Verwirrungen Anlaß giebt, das Läugnen und die Chikane begünstigt, überhaupt von schädlichem Einflusse auf die Moralität ist, endlich die Hülfe der Advokaten unentbehrlich macht, also eine der größten Wohlthaten einer guten Staatsverfassung: bequem und wohlfeil den Rechtsschutz finden zu können, vereitelt.

Die österreichische und die preußische Prozeßordnung wird in dem v. Gönnerischen Entwurf als Probe der möglichen Durchführung der vorgeschlagenen Maßregel angeführt. Allein mit der preußischen wenigstens verhält es sich anders. Diese preußische Prozeßordnung, (die österreichische habe ich nicht zur Hand gehabt) bei welcher man doch alle Federn spannte, die nur irgend zum raschen Betriebe der Geschäftsmaschine etwas beizutragen schienen, muthet dem Kläger nicht zu mit der Klage, dem Beklagten nicht mit der Antwort den Beweis anzutreten. Der Kläger soll nur die Beweismittel vorbereitungsweise *anzeigen*, damit im Fortgange des Verfahrens weder wegen der Angabe noch wegen der Beschaffenheit der Beweismittel ein weiterer Aufenthalt ent-

stehe. (Allg. Ger. Ord. I. Tit. 5. §. 5.) Gleiches gilt auch von dem Beklagten. (Tit. 9. §. 4.) Nur die Urkunden, die zum Grunde der Klage oder Einwendung dienen, müssen sofort wenigstens abschriftlich beigebracht werden. Es ist klar, daß hier durchaus nicht die Rede ist von einer Beweisantretung, wie sie der von Gönnersche Entwurf bezielt. Nur eine vorläufige Anzeige, mehr zur Information des Richters und zur vorbereitenden Würdigung der angegebenen Thatsachen fordert jene Prozeßordnung. Der Instruent soll dadurch nur die Überzeugung erlangen, daß die Parteien nicht leichtfertig Thatsachen behaupten, zu deren möglichem Beweise gar keine Wahrscheinlichkeit vorhanden ist. Übrigens hat diese vorläufige Beweisanzeige mit einer förmlichen Beweisantretung der Form nach gar wenig Ähnlichkeit; sie ist ohne alle Vergleichung weit einfacher. Der Kläger braucht keine Artikel zu formiren; er kann über die ganze Geschichte seiner Klage, ohne Zergliederung der einzelnen Umstände, die Beweise einfach und summarisch anzeigen. Die eigentliche Beweisantretung (soweit man überhaupt diesen Ausdruck nach den Eigenthümlichkeiten der preußischen Prozedur brauchen kann) vielmehr die Operation, wodurch das Erforderliche zur Ausmittelung der nach der Instruktion der Sache streitig gebliebenen Thatumstände eingeleitet wird, erfolgt erst nach der Regulirung des Status causae et controversiae, und den Parteien sind durch die provisorische Angabe der Beweismittel keineswegs die Hände gebunden, jene oder statt derselben andere Beweismittel zu gebrauchen. Überhaupt liegt eine übereilte Beweisantretung gar nicht in dem Geiste des preußischen Verfahrens, welches von der Idee ausgeht, daß es der Beweise nur ausnahmsweise bedürfen werde, wenn bei der Instruktion ordentlich verfahren wird, die eben hauptsächlich darauf be-

rechnet ist, durch sorgfältige Vernehmung der Parteien das *Factum* ins Klare zu setzen, und nur wenn dieses Mittel (eigentlich das Prinzipalbeweismittel) fehlschlägt, alsdann erst aushilfsweise zu der Beweisführung durch Urkunden, Augenschein, Zeugen oder Eid zu schreiten.

So wie es der Beweisführung an einem wohlverstandenen Zwecke fehlt, wenn sie vor der Einlassung des Gegentheils auf die behauptete Thatsache erfolgt, so fehlt es derselben, selbst nach dieser Einlassung, auch an einer gemessenen Richtung, wenn sie schlechthin der Partei überlassen wird, und der Richter nicht leitend und anordnend, sondern höchstens gleichsam nur correktorisch dabei einwirkt. Denn seiner Überzeugung gilt es hier, ihm wird der Beweis geführt, er muß also bestimmen, welche Thatsachen entscheidend und daher, wenn sie widersprochen worden, zu erweisen sind. Es wäre offenbar zwecklos, wollte man den Richter verpflichten, daß er erst den Parteien in ihrem Spiele auf dem Tummelplatze der Beweisführung zusehen müsse, und nur dann, wenn sie sich seiner Meinung nach lange genug herumgetrieben und ermüdet haben, ihnen sagen dürfe, was sie vernünftiger Weise hätten thun sollen, aber nicht gethan, darum noch thun müßten. Damit soll übrigens keineswegs behauptet werden, daß nicht die Partei, sobald sie einmal weiß, was ihr von ihren Behauptungen widersprochen wird, der richterlichen Bestimmung (durch Beweisanticipation) entgegenkommen dürfe. Allein da nicht ihr Urtheil über die Zweckmäßigkeit ihres Unternehmens entscheiden kann, sondern nur ein Dritter, der Richter, so verbietet eben

die-

dieser Umstand, die Beweisanticipation zu einer Verbindlichkeit zu machen. Die Festsetzung dessen, was bewiesen werden soll, setzt übrigens nicht geradezu voraus, daß sie mittelst einer richterlichen Entscheidung erfolge; sie kann allerdings durch Übereinkunft des instruirenden Richters mit den Parteien umgangen werden, sofern nur diese Übereinkunft Resultate hat, die den erkennenden Richter befriedigen.

Neben der Festsetzung des Beweissatzes bedarf es aber auch der Bestimmung, wer beweisen solle. Diese Verbindlichkeit wird zwar von der Partei, der sie rechtlich obliegt, oft freiwillig anerkannt. Allein bisweilen erscheint diese rechtliche Verbindlichkeit nicht über allen Zweifel erhoben, und da das Beweisführen nicht nur an sich, sondern besonders der Folgen wegen eine Last ist, sofern als die Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit auf das verfolgte oder vertheidigte Recht nachtheilig sich äussert: so fehlt es nicht an Fällen, wo die Verbindlichkeit zur Beweisführung bestritten ist und deßhalb der richterlichen Festsetzung bedarf. Weil aber diese Festsetzung eben von wichtigen Folgen ist, so sind zur Sicherheit der Betheiligten Modifikationen nothwendig, welche die nachtheiligen Folgen möglichst abwenden, es sey nun dadurch, daß gegen die richterliche Festsetzung Rechtsmittel zugelassen werden, wodurch dieselbe der Prüfung eines höhern Richters unterworfen wird, oder daß diese Folgen auf andere Weise unschädlich gemacht werden. Dieß letztere ist es, was sich eben so sehr durch Zweckmäßigkeit als Ausführbarkeit empfiehlt, und es soll nun der Gegenstand der folgenden Betrachtung werden.

Wenn es, wie ich überzeugt bin, zweckgemäß ist, die richterliche Festsetzung dessen, was zu beweisen ist,

und wer zu beweisen hat, nicht durch ein Beweis-interlokut, gegen welches die Appellation mit eben der Wirkung wie gegen ein Endurtheil Statt findet und während deren Verhandlung die Hauptsache auf sich beruht, sondern durch ein bloßes Dekret erfolgen zu lassen, gegen welches keine Appellation Statt findet; so fragt es sich, soll anders nicht die Partei dem Ausspruche eines einzigen Richters sich fügen, wovon vielleicht ihr ganzes Recht in der Hauptsache abhängig ist:

wie soll sie gegen die Nachtheile der Auferlegung eines ihr rechtlich nicht obliegenden oder auch unnöthigen Beweises gesichert werden?

Da drei merkwürdige deutsche Gesetzgebungen, die preußische, die großherzoglich hessische und die würtembergische keine Appellation gegen ein Beweisinterlokut zulassen, so mag es hier an seinem Orte seyn, ihre deßfallsigen Bestimmungen näher in das Auge zu fassen.

a) Die preußische Prozeßordnung verstattet gegen ein dergleichen Dekret, wenn es von einem Untergerichte erlassen worden, die Beschwerde an das Obergericht, bei dessen Ausspruch es für die untere Instanz dann das Bewenden hat, vorbehältlich der weitern Rechtsverfolgung in der Appellationsinstanz, indem jenes Dekret auch durch die Bestätigung nicht dergestalt in die Rechtskraft übergeht, wie dieses bei dem gemeinrechtlichen Beweisinterlokut der Fall ist, sobald gegen dieses einmal kein Rechtsmittel mehr zulässig ist. Der instruirende Richter soll aber, ehe er über Beweislast und Beweissatz entscheidet, vorher bei der Reguli-rung des Sach- und Controversstandes, wo eigentlich erst das was erwiesen werden soll, definitiv behandelt wird, sich mit den Parteien und ihren Sach-

waltern zu vereinigen suchen. Es wird nämlich hierbei und überhaupt bei der Regulirung des Streitstandes auf die folgende Weise verfahren.

Wenn der preußische instruirende Richter über die der Klage und Antwort zum Grunde liegenden Thatsachen die Parteien genüglich vernommen hat, und nunmehr zur Überzeugung gelangt ist, daß deren Vernehmung weiter kein Mittel mehr ist, die wahre Beschaffenheit der bestrittenen Thatsachen näher aufzuklären, so schreitet er zur Regulirung des Sach- und Controversstandes. Es ist dieser St. C. et C. ein Resumé oder eine synoptische Darstellung dessen, was von den thatsächlichen Verhältnissen der Rechtssache eingeräumt, was noch streitig und was davon durch Beweis auszumitteln ist. Diese summarische Übersicht besteht also 1) aus einer Species facti, welche die dem Prozesse zum Grunde liegende Geschichte in der natürlichen Ordnung der Begebenheiten, soweit sie beide Theile zugestehen, enthält, die widersprochenen Umstände aber, soweit sie des Zusammenhanges wegen nebenbei nothwendig mitberührt werden müssen, nur als streitig anführt. Dann folgt 2) die Angabe der noch streitigen Punkte, und endlich 3) die Bemerkung der hievon des Beweises bedürfenden. Der Instruent bezeichnet die ihm als erheblich scheinenden und daher zu beweisenden Punkte, und sucht mit den Parteien und deren Rechtsanwälten, denen er diese Resultate zum Anerkenntniß vorlegt, über die Frage der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der streitigen Thatsachen, und was jeder Theil zur Aufklärung beitragen kann und soll, sich zu vereinigen. Schlägt seine Bemühung fehl, so trägt der Instruent, wenn er Abgeordneter eines Obergerichts ist, den Fall dem Collegium zur Entscheidung vor. Dieses hat bei seinem Beschlusse, ob die

Thatsache erheblich und also der Beweis darüber aufzunehmen sey, hauptsächlich nur darauf Rücksicht zu nehmen, ob das vorliegende Faktum zur Aufklärung der Hauptsache wahrscheinlich etwas beitragen könne, ohne daß es auf eine ängstliche Bestimmung eines genau und künstlich abgemessenen Beweises und noch weniger auf eine entscheidende Festsetzung des eigentlichen Effekts rücksichtlich der künftigen Entscheidung der Sache selbst ankommt. Bei dem Beschlusse hat es nun für diese Instanz das Bewenden und es findet dagegen kein Rechtsmittel Statt. Inzwischen ist der Richter bei der Abfassung des Erkenntnisses hieran nicht schlechterdings gebunden. Er kann zum Behufe der nachzuholenden Beweisaufnahme über einen durch jenen Beschluß als unerheblich verworfenen Umstand den Aktenschluß aufheben, sowie auch den Parteien ihre deßfallsigen Zuständigkeiten in der höhern Instanz geltend zu machen vorbehalten bleibt. (Br. Ord. Tit. X. §. 50. 57.)

Bei den Untergerichten wird auf gleiche Weise verfahren, nur mit dem Unterschiede, daß der durch einen dergleichen Beschluß sich beschwert erachtenden Partei der Recurs an den Oberrichter freisteht, bei dessen Entschließung es dann für diese Instanz das Bewenden hat. (Tit. 25. §. 14.)

Dieß sind die Bestimmungen rücksichtlich des Beweissatzes. Was die Beweislast anbelangt, so ist die preußische Prozeßordnung hierin nicht sehr ängstlich und difficil. Sie verlangt zwar, daß der Beweis einer bestrittenen Thatsache im allgemeinen von der Partei, welche sie behauptet, geführt werde, es diene die Behauptung zur Unterstützung eines Klaggrundes oder einer Einrede. Doch soll der Richter, ungebunden an die subjektive Verbindlichkeit der Beweisführung, über-

haupt nach der Wahrheit suchen, und jede Partei ohne Unterschied die Mittel zur Aufklärung der Sache an die Hand zu geben schuldig seyn, die sie besitzt.

Von einer ähnlichen Ansicht rücksichtlich der Suspension der Rechtskraft der Beweiserkenntnisse geht

b) das Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen bei den Land- und Stadtgerichten *), aus, wenn es Art. 35. bestimmt, daß das Urtheil entweder endlich entscheidend, oder einen Eid verfügend, oder dem einen oder dem andern Theile einen Beweis auflegend sey, und daß in allen drei Fällen gegen dasselbe in appellabeln Sachen die Berufung an den höhern Richter Statt finde, daß jedoch in dem dritten Falle dieses Rechtsmittel nicht sogleich nothwendig sey, indem die Berufung von der Beweissentenz auch mit der von der dereinstigen Sentenz verbunden werden darf, ohne daß weder gegen die eine, noch gegen die andere Partei im geringsten etwas Nachtheiliges aus dem Versuche des auferlegten Beweises gefolgert werden könnte, und ohne daß es deßfalls irgend einer Rechtsverwahrung bedürfte.

c) Noch mehr der preußischen Ordnung des Verfahrens nähert sich das Organisationsedikt über die Rechtspflege in den untern Instanzen im Königreich Würtemberg. Es bestimmt **) folgendes: »die nach der Verhandlung der Sache und dem vergeblich gewesenen Vergleichsversuche von dem Richter entworfene und von den Parteien anerkannte Übersicht der

*) Floret's Motive ꝛc. 1. Heft. (Darmstadt 1818.) S. 100.
**) §. 101. sqq. 157.

Streitverhältniſſe (Status C. et C.) macht die Grundlage des ganzen übrigen Verfahrens aus. Ob nun gleich der wahre und eigentliche Zweck der bisherigen Verhandlungen in Feſtſetzung der Streitfrage beſteht, und dabei Verwickelungen, welche durch Einmiſchung fremdartiger Gegenſtände entſtehen können, zu verhüten ſind; ſo gehört es doch nicht nur zu den Obliegenheiten des Richters, die Parteien ſchon bei jenen Verhandlungen über die Beweismittel für ihr Vorbringen, wenigſtens vorläufig, zu befragen; ſondern es ſteht auch den Parteien ſelbſt, ohne einigen Nachtheil in Abſicht auf die Beweisverbindlichkeit frei, die Dokumente, worauf ſie ihre Anſprüche gründen, gleichzeitig vorzulegen, worüber dann jetzt ſchon mit dem Gegentheile gehandelt werden muß. Sind nun ſchon hierdurch, oder durch die Erklärungen der Parteien ſelbſt, oder durch andere ganz nahe liegende Beweismittel (z. B. Augenſchein, andere Gerichtsakten, Zeugen, welche bei der Hand und nur über einfache Umſtände zu vernehmen ſind) die entſcheidenden Thatumſtände hinreichend aufgeklärt; oder ſind doch, nach dem Anerkenntniſſe beider Theile, alle vorhandenen Beweismittel bereits erſchöpft; ſo wird den Parteien noch der beſonders vorgezeichnete Weg zur Vertheidigung des Rechts ſelbſt eröffnet, und dann erfolgt ſogleich die Endentſcheidung. Findet aber weder die eine noch die andere jener Vorausſetzungen Statt; ſo tritt mit der Verhandlung der Parteien in Hinſicht auf die Beweismittel und mit der Aufnahme derſelben ein neues Verfahren ein. — Es wird kein eigentliches Beweiserkenntniß ausgeſprochen; dagegen werden beide Theile nun noch beſtimmt aufgefordert, in einem möglichſt kurzen peremtoriſchen Termin, in der Regel von dreißig Tagen, die bisher noch nicht benützten Mittel, wodurch die Wahrheit ihrer ſich widerſprechenden Be-

hauptungen, in Absicht auf die vom Richter als erheblich ausgezeichneten Umstände, an den Tag gebracht werden kann, dem Oberamtsgerichte anzuzeigen, und, soweit es von ihnen abhängt, in dessen Hände zu bringen. Diese Aufforderung ist jedoch für die Endentscheidung sogar in der ersten Instanz nicht präjudiciell. Sie wird an beide Theile auf gleiche Weise gerichtet; keine Partei wird dabei, als ob ihr der Beweis vorzugsweise obläge, bezeichnet; sondern dann erst, wenn am Ende bei der Beurtheilung des ganzen Rechtsstreites der Beweis solcher Thatumstände, worüber nicht nur die Aufforderung an die Parteien ergangen ist, sondern welche auch das Gericht nur als die eigentlich entscheidenden erkennt, nicht genügend erscheint, — dann erst wird eine Untersuchung darüber, welchem Theile dieser Beweis eigentlich obgelegen hätte, angestellt, und hierauf wird, ohne ein neues Beweiserkenntniß, die Endentscheidung gegründet. Durch jene Aufforderung ist aber auch das Oberamtsgericht bei der Entscheidung in seinem Urtheile darüber, von welchen Thatsachen solche abhängen solle, nicht gebunden. Erwiesene, oder wenigstens in das Beweisdekret aufgenommene Umstände können also von dem Richter doch noch als unerheblich beseitigt, und dagegen andere von den Parteien vorgebrachte, oder sonst in den Akten liegende, von dem Richter aber bisher nicht beachtete Umstände den Parteien noch eben so, wie es schon bei der Einleitung des Beweisverfahrens hätte geschehen sollen, zum Beweise hingestellt werden. —

Was die Appellation betrifft, so ist bestimmt, daß durch eine gültige Appellation in Absicht auf diejenigen Theile des Erkenntnisses, worüber sie ergriffen wurde, die ganze Sache an den höhern Richter gebracht wird,

und dieser hat nun, ohne Rücksicht auf die Zeit der einzelnen Dekrete und Bescheide, die Gesetzmäßigkeit des Rechtsganges in erster Instanz eben sowohl, als die Consequenz und Richtigkeit des Haupturtheils zu prüfen. Dadurch können also noch alle der einen oder der andern Partei im Laufe des Prozesses vom Richter zugefügte Beschwerden wieder aufgehoben, und zwar kann sogar, wenn nach dem, einem Haupturtheil in resolutiver Form beigefügten Beweiserkenntniß, der Beweis mit oder ohne Erfolg versucht, und wenn dann erst gegen die unbedingte Hauptentscheidung Appellation ergriffen worden ist, das Beweiserkenntniß selbst sowohl vom Produzenten als vom Produkten noch zum Gegenstande einer Beschwerde gemacht werden. Dagegen kann ein bereits geleisteter Eid in keinem Fall anders, als unter den bisherigen gesetzlichen Bedingungen angefochten werden; auch müssen überhaupt, wenn der höhere Richter die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens in erster Instanz anerkennt, alle gesetzmäßigen Folgen von den positiven oder negativen Handlungen der Parteien aufrecht erhalten werden."

Soweit die bemerkten Partikular-Prozeßgesetzgebungen. Es ist eine von bewährten Praktikern längst anerkannte Wahrheit, daß ein Erkenntniß auf Beweis, wogegen die wider ein Definitivurtheil Statt findenden Rechtsmittel ebenfalls zulässig sind, eines der vorzüglich wirksamen Mittel ist, nicht nur die Dauer der Prozesse zu verlängern, sondern auch an die Stelle des wirklichen Rechts das förmliche zu setzen, indem ein übereiltes, oder auch nur nicht mit Berücksichtigung und sorgfältiger Erwägung aller Verhältnisse gefälltes und rechtskräftig gewordenes Beweisinterlokut jeder bessern Einsicht des Richters ein für allemal den Weg versperrt.

Ist einmal ein Umstand für erheblich angenommen, ist ein gewisses Verhältniß als auf die Entscheidung Einfluß habend zum Beweis ausgesetzt, und das solches bestimmende Erkenntniß rechtskräftig; so ist keine Bekehrung des Richters, der nun etwa nachher von sich selbst oder aus Anlaß von aussen zu einer bessern Überzeugung gelangt ist, mehr möglich: er und seine Nachfolger im Urtheilen sind vielmehr verdammt, schwarz für weiß anzusehen; die materiale Wahrheit muß nun schlechterdings der formalen, gleichsam conventionalen Wahrheit ihren Platz einräumen, und der Richter muß für Recht erkennen, was vor Gott und Menschen Unrecht und nur in foro Recht ist. Es kann daher nicht fehlen, daß, wie der Referent bei der würtembergischen Organisationscommission bemerkt *), der Richter, nachdem der Beweis geführt ist, durch das frühere Beweiserkenntniß oft in große Verlegenheit gesetzt wird, weil er nun vielleicht erst einsieht, daß die Entscheidung von ganz andern Thatumständen hätte abhängig gemacht werden sollen. Daher sind die Entscheidungsgründe von Definitiverkenntnissen auf geführten auferlegten Beweis nicht selten, denen die Spuren der Pein recht deutlich aufgedruckt sind, mit welcher sich ihr Verfasser drehte und wendete, um seine bessere Überzeugung von objektiver Wahrheit und objektivem Rechte der Form des frühern Verfahrens nicht aufopfern zu dürfen. — Die Richtigkeit dieser Bemerkung bestätigt ein Geschäftsmann, dessen Wort schon wegen seiner Stellung in Beziehung auf Gelegenheit zu den vollgültigsten Erfahrungen von entscheidendem Gewicht ist, der königl. baierische Oberap-

*) Organisationsedikt über die Rechtspflege ꝛc. in Würtemberg. — Bemerkungen S. 38.

pellations-Gerichts-Präsident, Graf von Arco*): "Es ist keine übertriebene Behauptung, sagt er, daß bei dem dermal bestehenden Rechtsverfahren unter 10 Prozessen, welche zur Kenntniß und Aburtheilung des obersten Gerichtshofes gelangen, sich wenigstens 2 bis 3 befinden, welche für den Theil, der durch den letztern Rechtsspruch Sache verlustig erklärt wird, obsieglich ausgefallen wären, wenn nicht eine unselige Rechtskraft in Mitte läge, die aus dem Unverstande, Leichtsinn oder der Sorglosigkeit der Partei oder ihres Anwaltes entstanden, den ganzen wahren Gesichtspunkt der Sache verrücket, die Aufwerfung und Stellung der Fragen, auf deren Lösung es nach der Natur des Falles und nach den anzuwendenden Beweismitteln wesentlich ankommen sollte, dem obersten Richter unmöglich macht, und ihn daher bemüßiget, ein Erkenntniß zu bestätigen, oder auszusprechen, welches seiner moralischen Überzeugung entgegen strebet, und sich mit der Anwendung des wahren und wirklichen Rechts nicht vereinbaren läßt."

Das förmliche Recht ist ein Gebot der Vernunft: aber die Justiz ist in dem Grade unvollkommener, als das förmliche Recht von dem wirklichen sich entfernt, und die Prozeßinstitutionen nur auf ein solches Nothrecht berechnet sind.

Nach den bisherigen Betrachtungen glaube ich mich überzeugt halten zu dürfen, daß, mit Umgehung der vorgeschlagenen Maßregel: die Beweisführung mit dem Hauptverfahren zu verbinden, allen Unbequemlichkeiten

*) s. die S. 345. allegirte Schrift §. 48.

und zugleich jeder Besorgniß einer Rechtsverletzung durch den Richter dadurch vorgebeugt werden könne, wenn nach dem Vorgange des würtembergischen Prozeßgesetzes

> die nicht freiwillig zur Beweisführung sich anschikkenden Parteien von Richteramtswegen, unter Bemerkung der erheblich erscheinenden widersprochenen Thatsachen, zu deren Beweis aufgefordert werden, und zwar durch ein die Rechtskraft nicht beschreitendes Dekret und unter einer angemessenen peremtorischen Frist.

Dieses Dekret unterscheidet sich von einem Interlokute dadurch, 1) daß es nur in Folge der rechtskräftigen Definitivsentenz rechtskräftig wird, daß also 2) die Beschwerden gegen dasselbe, sowie überhaupt gegen die unterrichterliche Procedur, bloß bei der Appellation gegen das Endurtheil geltend gemacht werden können, aber auch nur geltend gemacht zu werden brauchen, weil jenes für sich kein Präjudiz wirkt, das nicht bei der Berufung gegen die Definitivsentenz zu verbessern wäre, wenigstens was den hauptsächlichen Einfluß betrifft; 3) daß die in dem Dekret als relevant angenommenen und zum Beweis ausgesetzten Umstände den Richter nicht binden, wenn er hiernächst bei der Entscheidung findet, daß nicht diese Umstände allein, sondern auch andere, oder statt jener andere zum Beweise auszustellen seyen, deren Beweis nachholend anzuordnen, 4) daß sie auch selbst die Parteien nicht binden, sofern als nur bei der Entscheidung der Hauptsache sich ergiebt, daß dasjenige als erwiesen vorliegt, was auf die Entscheidung Einfluß hat. Übrigens trifft der Nachtheil, daß eine Thatsache bei dem endlichen Erkenntniß sich als unerwiesen darstellt, denjenigen, welchem r e c h t l i c h der Beweis obgelegen und zwar trifft

er ihn kraft des richterlichen Erkenntnisses, sobald daſſelbe die Rechtskraft beſchritten hat. Ein nicht durch Beweis auſſer Zweifel geſetzter widerſprochener Umſtand hat alſo zum Nachtheile des Anführenden eben die Wirkung, wie ein nicht angeführter, — was auch in der Natur der Sache liegt. Man braucht ihm alſo nicht erſt zu ſagen: du mußt beweiſen, oder ꝛc.

Um aber das ſo geordnete Beweisführungsſyſtem zweckmäßig durchzuführen, iſt erforderlich, daß das in erſter Inſtanz erkennende Gericht an der Darlegung der Thatſachen einen thätigern Antheil nehme, als nach dem ſtrengen Verhandlungsprinzipe von ihm gefordert wird; daß es alſo, nachdem vorher die Streitenden ihre Sache unter gerichtlicher Leitung formgerecht, im übrigen ohne weitere productive Einwirkung des Richters, einſeitig ſchriftlich vorgetragen, nunmehr durch eine angemeſſene Thätigkeit den Prozeß im eigentlichen Verſtande zum Erkenntniſſe inſtruire. Der inſtruirende Richter ſoll nicht inquiriren; aber es giebt eine, bei der Unterſuchung der thatſächlichen Verhältniſſe ſich äuſſernde Thätigkeit des Richters, welche nicht von Amtswegen verfährt und doch unterſucht. Das Rechte liegt auch hier zwiſchen den beiden Extremen, der vollendeten Aktivität und der gänzlichen Paſſivität, in der Mitte: es iſt jene Leitung des partheilichen Vorbringens, welche die Entwickelung ſubſumtionsmäßiger Thatſachen bezielt, und zwar ſoviel möglich nach den Forderungen der materiellen Wahrheit zu dem Endzwecke aller Rechtsverfolgung, der das wirkliche Recht ſelbſt iſt. Und da um dieſes wirkliche Recht die Parteien den Richter implorirt haben; ſo kann und muß ſich derſelbe übrigens mit

strenger Achtung der Rechtsfreiheit der Streitenden bis an ihre äussersten Grenzen) consequenter Weise auch rücksichtlich der dahin abzweckenden Mittel so lange als implorirt erachten, bis die Imploranten das Gegentheil mit Zuverlässigkeit erklären *).

Vermöge des angenommenen Grundsatzes des Verfahrens, eines nach dem Verhandlungs- und Untersuchungsprinzip gemischten, soll der Instruent, nachdem sich die Parteien in einem schriftlichen Vorverfahren einseitig hinlänglich ausgesprochen haben, in dem mündlichen Haupt- oder Instruktionsverfahren (mündlich ist dasselbe wenigstens zwischen dem instruirenden Richter und den streitenden Theilen, und wenn gleich hiernächst die Resultate durch das Mittel der Schrift aufbewahrt werden) sich bemühen,

durch Vernehmung beider Parteien das streitige Faktum soviel möglich ohne das Mittel des förmlichen Beweises in das Klare zu setzen.

Er soll sich angelegen seyn lassen, zu bewirken, daß die Parteien in ihren bisher einseitig geäusserten Vorstellungen von dem zum Streite Anlaß gebenden Faktum sich verständigen, ohne inquisitorischen Zwang und ohne unzuständige Einmischung in das verfolgte Recht selbst, als eines frei veräusserlichen Gutes der Betheiligten.

Das Vorverfahren erfolgt schlechthin nach dem Verhandlungsprinzip und schriftlich, wenn gleich die Sätze auch zum Protokoll aufgenommen werden können,

*) S. II. Abhandl. S. 32. f.

wie der Grundsatz von der Erleichterung des Rechtsschutzes fordert. Dieses Vorverfahren schließt sich ordentlicher Weise mit der Replik, als der Antwort auf die Exceptionen des Beklagten, in Beziehung auf welche der Kläger als Beklagter erscheint (reus excipiendo fit actor) und so das letzte Wort haben muß. Jeder Theil wird also im Vorverfahren eigentlich nur einmal gehört, was auch genug ist, da für den Zweck der weitern Entwickelung der Sache das Haupt- oder Instruktionsverfahren dient. Soviel zur Einleitung für die nachstehenden Vorschläge, die übrigens nur Grundzüge seyn sollen.

Grundzüge des Verfahrens im ordentlichen Prozesse in der ersten Instanz.

1) Das ordentliche Rechtsverfahren in streitigen Fällen bei den Gerichten der ersten Instanz besteht in einem Vorverfahren und Hauptverfahren, beides unter der Leitung des Gerichts.

2) Das Vorverfahren ist ein schriftliches, entweder mittelst eingereichter Schriftsätze, oder durch Aufnahme der Sätze zum gerichtlichen Protokolle; das Hauptverfahren erfolgt mündlich; die Resultate der Verhandlung werden jedoch zum Protokolle niedergeschrieben.

3) Der Klage, womit das Vorverfahren beginnt, sind diejenigen Beweise sofort in beglaubter Form beizufügen, welche sich auf Urkunden gründen. Gleiches gilt hiernächst auch von der Antwort.

4) Findet sich nach sorgfältiger Prüfung des Gerichts an den Erfordernissen des Klaglibells nichts zu erinnern, so erfolgt die Mittheilung an den Beklagten zur Beantwortung binnen 30 Tagen unter dem, in dem

Mittheilungsdekrete bestimmt auszudrückenden Rechtsnachtheile: daß im Falle des Ungehorsams die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen als eingestanden angenommen werden würden *). Dieses Präjudiz wird begebenden Falls und auf Anrufen des von der Klagmittheilung in Kenntniß gesetzten Klägers durch ein Contumacialerkenntniß wirksam ausgesprochen (purifizirt). Eine Appellation dagegen kann nur mit der Berufung gegen das Endurtheil verbunden werden.

5) Mit diesem Contumacialspruche wird eine nochmalige Vorladung an den Beklagten lediglich zur Vorbringung seiner Einreden unter Ansetzung einer weitern peremtorischen Frist von 30 Tagen verbunden. Ein abermaliger Ungehorsam hat die Folge, daß nunmehr auf Anrufen des Klägers nach dem faktischen Vorbringen in der Klage rechtlich erkannt wird, wogegen die wider jede Definitiventscheidung zulässigen Rechtsmittel Statt haben.

6) Ist der Beklagte der Klage geständig, räumt also sowohl die zu deren Begründung angeführten Thatsachen als die Schlußfolge oder das Petitum ein, so wird durch ein Dekret (Agnitionsdekret) festgesetzt, wie und in welcher Zeit er nunmehr seinem Anerkenntnisse gemäß den Kläger zufrieden zu stellen habe **). Aus einem solchen Dekrete kann, wie aus einem rechtskräftigen Erkenntniß, Exekution gesucht werden.

---

*) Ich folge hier den hinlänglich motivirten Folgen des Ungehorsams in dem v. Gönner. Entwurf 2. B. 1. K.

**) Ein solches Dekret ist gleichsam der Schlußstein für das neubegründete Rechtsverhältniß, und darf nicht fehlen, wenn das Ganze die gehörige Haltung haben soll.

7) Weder verzögerliche noch zerstörliche Einreden befreien den Beklagten von der wenigstens eventuellen Einlassung und Antwort auf die Klage. Sind aber die erstern von der Art, daß ihr Grund, wenn er in Wahrheit beruht, eine Nichtigkeit des ganzen Verfahrens zur Folge haben würde, also der Richter die Klage deßhalb schon von Amtswegen hätte verwerfen müssen; so bleibt die Verhandlung der Hauptsache so lange ausgesetzt, bis über den Einwand in einem nahe anzuberaumenden Termine zum mündlichen Verhöre summarisch verhandelt und die Entscheidung erfolgt ist. Gleiches gilt auch rücksichtlich des peremtorischen Einwands des geendigten Streits. Die Entscheidung erfolgt dort wie hier durch ein bloßes Dekret, wobei es für diese Instanz das Bewenden hat, ausser in dem Falle, wenn der Beklagte dadurch von der Einlassung befreit wird, wo dem Kläger die Appellation wie gegen ein Endurtheil freisteht.

8) Die Klage kann generell eingestanden werden. Will sie aber in ihrem thatsächlichen Vorbringen widersprochen werden, so ist eine spezielle Einlassung auf alle Punkte erforderlich; die nicht berührten werden als eingestanden angenommen. Was im übrigen die innern und äussern Erfordernisse der Antwort betrifft, so fordert dieselbe vor der Mittheilung eben die sorgfältige Prüfung, wie das Klaglibell.

9) Das weitere Verfahren ist verschieden nach Verschiedenheit der Antwort auf die Klage. Der Beklagte ist nämlich entweder

a) der Geschichtserzählung, welche der Klage zum Grunde liegt, zwar geständig, widerspricht aber der Folgerichtigkeit des Petitums, ohne weiter Einreden vorzuschützen; oder

b) er

b) er schützt neben der zugestandenen Klaggeschichte zerstörliche Einreden vor, die schlechthin auf Rechtsfragen beruhen; oder

c) er läugnet die Geschichte der Klage ganz oder theilweise, ohne Einreden vorzubringen, welche auf thatsächlicher Erörterung beruhen; oder endlich

d) er setzt der Klage, neben dem Zugeständniß oder der Abläugnung der Geschichte derselben, zerstörliche Einreden entgegen, die auf faktischer Erörterung beruhen.

In den Fällen auf a und b wird die Antwort dem Kläger lediglich zur Nachricht zugefertigt, das Vorverfahren ist geschlossen, und es wird bloß ein Termin zur Regulirung des Sach- und Controversstandes, zum Vergleichsversuch und zur Einleitung der Rechtsausführungen angesetzt.

In dem Fall auf c erfolgt mit Zufertigung der Beantwortung, lediglich zur Nachricht *), wegen Angehung des Hauptverfahrens die Verfügung auf 11 indem auch hier mit der Antwort das Vorverfahren sich schließt.

In dem letzten Falle (auf d) wird die Beantwortung dem Kläger zur Replik binnen 30 Tagen präclusiver Frist zugefertigt. Sobald die Replik eingekommen oder die Frist dazu abgelaufen ist, ist hier das Vorverfahren **)

*) Die Replik würde hier nur eine Rechtsausführung seyn können, deren es im Vorverfahren nicht bedarf.

**) Ich bin bei dem hier vorgeschlagenen Vorverfahren von den oben S. 127. geäusserten Ideen etwas abgegangen, und ich mußte es bei der verschiedenen Tendenz des dort bezielten und des hier vorgeschlagenen Verfahrens.

geschlossen. — Alle unter dieser Nummer (9.) benannte Verfügungen erfolgen von Amtswegen *).

10) Der Beklagte, welcher seine Antwort, sowie der Kläger, welcher seine Replik zum gerichtlichen Protokoll abgeben will, muß sich im Laufe der ihm zu der Handlung verstatteten Frist bei dem Gerichte gebührend melden.

11) Wenn das Vorverfahren geschlossen ist, und es sind noch Thatsachen streitig (nr. 9. c. d.), so wird bei der Zufertigung des letzten Produkts (resp. Antwort oder Replik) ein Termin zum mündlichen Verfahren anberaumt. Beide Theile werden dazu peremtorisch vorgeladen. Der Rechtsnachtheil ist bei dem Kläger die vermuthete Zurücknahme seiner Klage; bei dem Beklagten das Zugeständniß der bisher von ihm widersprochenen thatsächlichen Umstände.

12) In diesem Termine geht der Instrukt die bisherigen Verhandlungen mit den Parteien und ihren Anwälten durch, bezeichnet die auf näherer Erörterung beruhenden Thatsachen, vernimmt mündlich die Erklärungen und Vorträge der Parteien darüber und sucht durch mündliche Unterredung diejenigen Aufschlüsse zu erlangen, welche, wo nicht zu einem übereinstimmenden faktischen

---

Dort war von einem verbesserten französischen Verfahren die Rede, hier soll es schlechthin einem verbesserten deutschen gelten.

*) Dieß fordert die Natur der Sache und die Beschleunigung. Es ist auch kein Grund vorhanden, in der richterlichen Thätigkeit hier einen besorglichen Eingriff in die Parteirechte zu suchen. Will der Kläger den Prozeß liegen lassen, so kann er sich ausdrücklich oder stillschweigend durch Nichterscheinen (s. nr. 11.) erklären.

Resultate, doch wenigstens zur deutlichen Erkennung dessen, worin die Parteien mit einander übereinstimmen und worüber sie noch streitig sind, führen. Rechtliche Erörterungen gehören nicht hieher; es ist indessen den Parteien und ihren Anwälten zu verstatten, die Erinnerungen an das, was ihrer Meinung nach von dem Instruenten als erheblich bei der Aufnahme zu beachten, oder als unerheblich bei Seite zu setzen ist, mündlich auszuführen. — Neue Thatsachen und Verhältnisse, welche auf eine gänzliche Veränderung des Streitgegenstandes, des Klagegrundes oder der Prozeßart gehen, können nicht Gegenstand der Verfolgung in der Instruktion werden. Doch ist eine der bisherigen Behandlung der Sache im Wesen unschädliche, durch die nähere Entwikkelung der Sachverhältnisse herbeigeführte Änderung des Klagepetitums, sofern dabei der Beklagte an seiner rechtlichen Vertheidigung nirgends verkürzt wird, allerdings zulässig.

Der wesentliche Inhalt der Erörterungen wird hiernächst zum Protokolle niedergeschrieben.

13) Ist die Sache sehr verwickelt oder aus mehrern Punkten bestehend, so kann die Verhandlung in einer andern möglichst nahen Tagesfahrt fortgesetzt werden, und es ist besonders im letztern Falle, wenn nämlich mehrere Punkte den Gegenstand des Streites ausmachen, gleich anfangs auf eine schickliche Absonderung Bedacht zu nehmen. Die Protokollirung der Resultate jeder Verhandlung muß aber im nämlichen Termine noch vor sich gehen, wo die Verhandlung erfolgt ist.

14) Am Schlusse der Instruktion, welche übrigens so lange fortzusetzen, als noch Hoffnung ist, durch Vernehmung der Parteien über die streitigen Thatsachen mehrere Aufklärung zu erhalten, wird der Termin zur

Regulirung des Sach- und Controversstandes (S. 371.) so wie zum Vergleichsversuch und zwar unter dem Rechtsnachtheile anberaumt, daß der ungehorsam Ausbleibende den von dem Instruenten entworfenen St. C. et C. anerkenne, sich nicht vergleichen und die Festsetzung der Beweispunkte durch Dekret erwarten wolle. Der Sach- und Controversstand wird in der Zwischenzeit von dem Instruenten entworfen, und soll in wichtigen Sachen den Parteien einige Tage vor dem Termine zur Prüfung und Vorbereitung auf Verlangen abschriftlich mitgetheilt werden.

15) In minder verwickelten Sachen kann sogleich nach der Protokollirung der Resultate der Verhandlung, nach Befinden auch ohne Protokollirung derselben, also unmittelbar nach der mündlichen Erörterung zur Regulirung des Sach- und Controversstandes geschritten werden.

16) Nach der Aufnahme desselben wird zuvörderst der Vergleich versucht, und wenn dieser fehlschlägt, sofort zur Regulirung der Beweise geschritten. Der Instruent sucht mit den Betheiligten darüber sich zu vereinigen: a) was unter den widersprochenen Punkten als erheblich zum Beweis auszustellen sey. b) was für Beweismittel jeder Theil namentlich für die von ihm behaupteten Thatsachen anzugeben habe.

17) Kann sich der Instruent mit den Parteien dießfalls nicht vereinigen, so werden die Akten ohne weiters dem Gerichte vorgelegt, und dieses bestimmt durch ein Dekret, welche Punkte als erheblich bewiesen werden sollen, mit der Weisung an beide Theile, binnen einer peremtorischen Frist von 30 Tagen dem Gerichte die Beweismittel anzuzeigen. Der Verfügung ist die Warnung beizufügen,

daß die unterlassene Beweisführung auf Gefahr derjenigen Partei gehe, welcher nach dem rechtlichen Befunde bei der endlichen Entscheidung der Beweis der unausgemittelt gebliebenen Thatsachen obgelegen.

18) Dieses Dekret wird nur zugleich mit der Entscheidung in der Hauptsache rechtskräftig. Es findet daher a) keine Appellation oder sonstiges Rechtsmittel in dieser Instanz dagegen Statt, sondern es bleibt der sich beschwert erachtenden Partei bloß vorbehalten, auch deßfalls ihre Rechte bei der Appellation gegen die sie etwa beschwerende Definitiventscheidung geltend zu machen. Eben so wenig ist b) das Ermessen des Richters durch dieses Beweisdekret beschränkt, wenn er hiernächst bei der Beurtheilung der Sache zum Behuf der endlichen Entscheidung seine frühere Ansicht über die Relevanz der Thatsachen ändern zu müssen glaubt, und zu dem Ende Ergänzungen des geführten Beweises anzuordnen oder auch andere Punkte zum Beweis auszusetzen für dienlich erachtet.

19) Nach der Angabe der Beweismittel erfolgt deren Aufnahme. Nur wenn die Entscheidung des Streits von einem Eide abhängig gemacht ist, dessen Zulässigkeit oder Form bestritten wird, soll die Entscheidung hierüber dem Endurtheile vorbehalten, und in diesem zugleich die Wirkung der Ableistung oder Verweigerung desselben ausgesprochen werden.

20) Ist die Aufnahme der Beweismittel erfolgt, so wird, wenn die Parteien dabei gegenwärtig waren, sofort mit der Eröffnung der Beweisführung verfahren. Ausserdem wird ein naher, nicht leicht über 8 Tage hinaus anzusetzender Termin hierzu durch ein Dekret bestimmt. In dem Eröffnungstermine wird zugleich eine

30 tägige präclusive Frist zur Beibringung von schriftlichen Rechtsausführungen anberaumt. Diese Frist lauft auf jeden Fall von dem zur Eröffnung der Beweisführung bestimmten Tage an, die Parteien mögen in demselben erschienen seyn oder nicht. — Die Wohlthat der Rechtsausführung kann auch der das Beweisdekret nicht befolgenden Partei nicht versagt werden.

21) In der Rechtsausführung steht es den Parteien auch frei, ihre Erinnerungen gegen das Beweisdekret und die nach ihrer Meinung mangelhafte Beweisnormirung zu machen, und der Richter hat hierauf bei der Reflexion nr. 18. b. die geeignete Rücksicht zu nehmen.

22) Nach Ablauf der Deduktionsfrist, die für beide Theile zugleich lauft, und wobei keine Wechselverhandlung Statt hat, werden die Akten zum Spruche vorgelegt. Der Tag des Vortrags der Sache ist den Parteien bekannt zu machen und ihnen zu verstatten, mit ihren Anwälten vor versammeltem Gerichte zu erscheinen und dem Vortrage über das faktische Verhältniß des Streits und das gegenseitige Vorbringen beizuwohnen. Ist dieser Vortrag, während dessen sich die Parteien und Anwälte, so lange sie nicht ausdrücklich zum Reden aufgefordert werden, stille zu verhalten haben, geschlossen; so sind sie von dem Vorsitzenden zu befragen: ob und was sie etwa noch mündlich zu erinnern haben? Hierbei können sie denn auch um die Erlaubniß nachsuchen, daß sie oder ihre Sachwalter ihre Deduktionen laut vor Gericht ablesen dürfen.

23) Die Berathung erfolgt hierauf in geheimer Sitzung und das nach der Stimmenmehrheit gefaßte Erkenntniß wird den wartenden oder auf einen andern nahen Gerichtstag wieder vorzubescheidenden Parteien vor

versammeltem Gerichte mit den Entscheidungsgründen eröffnet *).

24) Durch die gegen ein Erkenntniß des untern Richters ergriffene Appellation wird nicht nur jenes, sondern es werden auch alle Beschlüsse und Verfügungen im Laufe der bisherigen Instanz in ihren Wirkungen suspendirt, und zur Beurtheilung des obern Richters gebracht, der sie, was insonderheit die ausgesprochenen rechtlichen Folgen des Ungehorsams betrifft, nur nach ihrer Gesetzmäßigkeit beurtheilt, also bloß in sofern abändern kann, als sie widerrechtlich erkannt worden sind.

Nur übertriebene Ängstlichkeit oder Vorliebe für das Alte wird in dem vorgeschlagenen Verfahren erhebliche Besorgnisse für eine gründliche Rechtspflege finden. Vollkommenheit und eine Gewährleistung gegen alle und jede Mißbräuche und Mißgriffe wird man natürlich auch von einem so organisirten Verfahren nicht erwarten, sowenig als von Menschenwerk überhaupt, und so wird man denn freilich auch nicht verhindern können, daß in Folge der unbeschränktern Bewegung des Richters bis dahin, wo er seine endliche Entscheidung fällt, und gleichsam in Folge des strengern Subordinationsverhältnisses der Parteien diese nicht hin und wieder, wenn auch nur provisorisch, mit einer Verbindlichkeit belästigt werden, die sie nach der bisherigen Verfassung mittelst

*) Vielleicht könnte man (um den oben S. 141. ff. dieser Schrift aufgestellten Forderungen zu genügen) den Parteien auch verstatten, die Eröffnung der einzelnen Vota, allenfalls ohne Benennung der Namen der Votanten, zu verlangen.